DER MISSBRAUCH DER DISZIPLINARSTRAFGEWALT IN DER BUNDESWEHR

unter wehrstrafrechtlichen Aspekten (§§ 38, 39 WStG)

1970

Rainer E. Tenfelde

DER MISSBRAUCH DER DISZIPLINARSTRAFGEWALT IN DER BUNDESWEHR

unter wehrstrafrechtlichen Aspekten (§§ 38, 39 WStG)

INAUGURAL - DISSERTATION
zur
Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte
durch die Juristische Fakultät
der Westfälischen Wilhelms - Universität
zu Münster

vorgelegt von
Rainer E. Tenfelde
aus
Osnabrück

1970

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Stree

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Wessels

Dekan : Prof. Dr. Stree

Tag der mündlichen
Prüfung: 12. 6. 1970

MEINEN ELTERN

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547219_0013

Literaturverzeichnis

Arndt, Herbert	Grundriß des Wehrstrafrechts 2. Auflage München-Berlin 1966 zitiert: Arndt
--	Die strafrechtliche Bedeutung des militärischen Befehls in NZW 196o, 145 ff
Baden - V. Mitzlaff	Wehrdisziplinarordnung 6. Auflage Frankfurt 1965 zitiert: Baden - v. Mitzlaff
Baumann, Jürgen	Strafrecht AT 5. Auflage Bielefeld 1968 zitiert: Baumann
--	Kritische Gedanken zur Disziplinarstrafe in JZ 1964, 612 ff
Barth, Eberhard	Der Soldat im Rechtsstaat Hamburg-Berlin 1967
Behnke, Kurt	Bundesdisziplinarordnung Stuttgart-Köln 1954
Brockhaus-Enzyklopädie	4. Band 17. Auflage Wiesbaden 1968
Burkhardt	Zum Begriff der Disziplinarmaßnahmen in ZWR 1943, 28 ff
Busch	Der Oberbefehl, seine rechtliche Struktur in Preußen und Deutschland Boppard 1967
Claussen-Janzen	Bundesdisziplinarordnung Handkommentar Köln-Berlin-Bonn-München 1968

Dalke-Fuhrmann-Schäfer	Strafrecht und Strafverfahren 37. Auflage Berlin 1961 zitiert: Schäfer
Der Bundesminister der Verteidigung	- Vorgesetzter und Untergebener in Schriftenreihe: Innere Führung Heft 6, 1967 - Erlaß über Erzieherische Maßnahmen FüBI4 vom 2o. 2. 1965 zitiert: Erlaß
Der Große Brockhaus	7. Band, 16. Auflage Wiesbaden, 1955
Dietz, Heinrich	Wehrmachtsdisziplinarstrafordnung Leipzig 1943
Dreher-Lackner-Schwalm	Wehrstrafrecht (Kommentar) München-Berlin 1958 zitiert: Dreher
Elsner-v. Gronow-Sohl	Militärstrafgesetzbuch für Heer und Marine des deutschen Reiches Berlin 19o6
Engelhard, Herbert	Die Ehre als Rechtsgut im Strafrecht Mannheim-Berlin-Leipzig 1921
Erbs-	Strafrechtliche Nebengesetze Band III (Erbs-Kohlhaas-Lorz-Mayr-Potrykus-Zipfel) München 1968 zitiert: Kohlhaas bei Erbs
Faust, Fritz	Einführung in das Wehrdisziplinarrecht Frankfurt 1966
Fliedner, Ortlieb	Die "Straf"zwecke der Disziplinarmaßnahmen in ZBR 1969, 14o ff
Flor, Georg	Der Wehrdienst in der Konfliktsituation in NJW 1957, 243 ff
Foerster, Friedrich Wilhelm	Schule und Charakter, moralpädago- gische Probleme des Schullebens 15. Auflage 1953

Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts 1. Band AT, 9. Auflage München-Berlin 1966
Frank, Dittmar	Die Rechtsnatur der bewaffneten Macht in DVBl 1957, 149
Fuhse, Wilhelm	Militärstrafgesetzbuch 2. Auflage Berlin 1926
Germann O. A.	Probleme und Methoden der Rechtsfindung Bern 1965
Gleispach, Wenzel Graf v.	Das Kriegsstrafrecht Teil I Berlin 194o
Gösser, Fritz	Der Mißbrauch der Dienstgewalt nach deutschem Militärstrafgesetzbuch Berlin 1939
Herms, Christian	Für und Wider die Bundeswehr Bad Godesberg 1957
Hodes, Fritz	Wehrdisziplinarordnung 3. Auflage Köln-Berlin-Bonn-München 1966
Holtkotten, H.	in Kommentar zum Bonner Grundgesetz Hamburg
Huber, Ernst	Heer und Staat Hamburg 1938
Jaspers, Karl	Wohin treibt die Bundesrepublik? München 1966
Jescheck, Hans-Heinrich	Befehl und Gehorsam in der Bundeswehr im Bundeswehr und Recht Köln-Berlin-Bonn-München 1965
Kayser, Walther	Die nationalpolitische Bedeutung der Wehrmacht Hamburg 1937

Körber, Hans E.	Die zusätzlichen Erzieherischen Maßnahmen in NZW 1966, 29
Kohlhaas, Max	Kommentar zum Wehrstrafrecht Wiesbaden-Dotzheim 1967 zitiert: Kohlhaas Komm.
Kranzbühler	Grundlagen der Disziplinargewalt (Vortrag) Paris 1943
Lackner-Maassen	Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 5. Auflage München 1969
Lauerer, Georg	Der Mißbrauch der Disziplinargewalt nach deutschem Militärstrafgesetzbuch Dissertation Erlangen, München 1908
Lehmann	Zur Wehrmachtsdisziplinarstrafordnung in ZWR 1942, 345 ff
Lepper, Manfred	Die verfassungsrechtliche Stellung der militärischen Streitkräfte im gewaltenteilenden Rechtsstaat Bielefeld 1962
Lindgen, Erich	Handbuch des Disziplinarrechts 1. Band Berlin 1966
Lindgen, Erich	Bestrafungs- Verfolgungsverbot und Verwirkung im Disziplinarrecht unter Berücksichtigung des Gesetzes zur Neuordnung des Bundesdisziplinarrechts v. 2o. 7. 1967 und der Disziplinarrechtsprechung in DÖD 1968, 27 ff
Löwe-Rosenberg	Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz 1. Band, 21. Auflage Berlin 1963

Lochbrunner, Franz Xaver	Ist die Bundesdisziplinarordnung noch zeitgemäß? In ZBR 1963, 282
--	Handbuch des Bundesdisziplinarrechts Frankfurt 1968
Marignoni, Hartmut	Die Möglichkeiten des militärischen Vorgesetzten zur Sicherung der Disziplin in NZW 1964, 52 ff.
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht AT 3. Auflage Karlsruhe 1965
Maurach, Reinhart	Deutsches Strafrecht BT 4. Auflage Karlsruhe 1964
Mayer, Hellmuth	Strafrecht AT Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967
Mezger-Blei	Strafrecht AT Ein Studienbuch 13. Auflage München 1968 zitiert: Blei
Mitzlaff, Hans-Jürgen v.	Disziplinarstrafen und Erzieherische Maßnahmen in NZW 1961, 49 ff
Müller	in Wehrkunde 1960, 571
Nato	Organisation des Nordatlantikpaktes, Tatsachen und Dokumente Herausgeber: Nato-Informationsabteilung Paris, Februar 1963
Nolting, Friedrich	Jeder Vorgesetzte sollte wissen .....! in Die Bundeswehr Mai 1962, S. 136
Oetting, Dirk W.	Das Beschwerderecht des Soldaten Schriften zum öffentlichen Recht Bd. 35 Berlin 1966
Pfleiderer, Rolf	Strafrechtsbuch für Truppenführer und Disziplinarvorgesetzte Darmstadt 1960

Rehdans-Dombrowski-Kersten	Das Recht der Wehrmacht 2. Auflage Berlin 1938
Richthofen, Gotthard v.	Wehrstrafrecht Köln-Berlin 1957
Rissom	Änderungen des Militärstrafgesetzbuches in Deutscher Juristentag XXXII S. 567 ff
Rittau, Martin	Wehrstrafgesetz Berlin 1958
--	Anmerkung zu BGH in NZW 1960, 173 in NJW 1960, 1477
Roemer, Walter	Die neue Wehrverfassung in JZ 1956, 193 ff
Romen - Rissow	Militärstrafgesetzbuch 2. Auflage Berlin 1916
Rotermund	Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das deutsche Reich 2. Auflage Hannover 1911 zitiert: Rotermund MStG
--	Kommentar zur Disziplinarstrafordnung für das Reichsheer Berlin 1934 zitiert: Rotermund DStO
Saint-George, Hans-Jochen	Französische und deutsche Disziplinarauffassungen in Wehrkunde 1968, 194 ff
Schattenberg-Scherer	Die Wehrmachtsdisziplinarstrafordnung Berlin 1942
Schenk, Reinhold	Seekrieg und Völkerrecht Köln-Berlin 1958

Schenkendorf, M. v.	(Herausgeber) Büchmann-Haupt Geflügelte Worte 1937 S. 229 zitiert nach Trübners Deutsches Wörterbuch 4. Band Berlin 1943 S. 548
Scherer, Werner	Soldatengesetz Kommentar 3. Auflage Berlin-Frankfurt 1968 zitiert: Scherer Komm.
--	Anmerkung zu LG Traunstein (1 NS 78/59) in NZW 1960, 86 ff
Schmidt, Eberhard	Militärstrafrecht Berlin 1936
Schmidt, Eberhard	Befehlsdurchsetzung und Waffengebrau in NZW 1968, 161 ff
--	Anmerkung zum BGH in JZ 1963, 6o5 f in JZ 1963, 6o6 f
Schmidt-Salzer, Joachim	Die normstrukturelle Bedeutung der Ermessensermächtigungen in Verw. Archiv 1969, 261 ff
Schnupp, Günther	Die Vorermittlungen im Disziplinar- recht (§ 26 BDO) in DÖD 1968, 88 ff
Schönke - Schröder	Strafgesetzbuch Kommentar 14. Auflage München 1969
Schreiber, Jürgen	Wehrstrafgesetz, Erläuterungsbuch für Soldaten Frankfurt 1961 zitiert: Schreiber WStG
--	Befehlsbefugnis und Vorgesetzten- verhältnis in der Bundeswehr Frankfurt 1965 zitiert: Schreiber, Befehlsbefugnis

Schüle, Adolf	in Bundeswehr und Recht Köln-Berlin-Bonn-München 1965
Schütz, Erwin	Disziplinarrecht des Bundes und der Länder Bielefeld 1964
Schütz, Erwin	Grundrechte und Beamtenverhältnis DÖD 1968, 1 ff
Schwarz - Dreher	Strafgesetzbuch 29. Auflage München, Berlin 1967
Schweitzer, Roland	Durchbricht die disziplinarrechtliche Verfolgungsverjährung das Legalitätsprinzip? in DÖD 1968, 85 ff
Schwinge, Erich	Militärstrafgesetzbuch 5. Auflage Berlin 1943
Schwinge - Zimmerl	Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken Bonn 1937
Seekt, v.	Einführungserlaß zur Heeresdisziplinarstrafordnung vom 10. 7. 1926
Seibert, Claus	Immer wieder: In dubio pro reo in JZ 1964, 616 f
Senftleben, Otto v.	Deutsches Wehrrecht Berlin 1935
Sina, Peter	Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" Basel 1962
Spangenberg, Ernst v.	(Herausgeber:) Sammlungen der Verordnungen und Ausschreibungen, welche für sämtliche Provinzen des Hannoverschen Staates ergangen sind. III. Teil Hannover 1821

Stree, Walter	In dubio pro reo Tübingen 1962
Waldmann, Eric	Soldat im Staat 2. Auflage Boppard 1964
Weidemann, Walter	Die "Erregung des Verdachts einer Pflichtverletzung" als Dienstvergehen in ZBR 1969, 169 ff
Welzel, Hans	Das Deutsche Strafrecht 11. Auflage Berlin 1969
Wolff, Hans-J.	Verwaltungsrecht I 6. Auflage München, Berlin 1965

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	=	anderer Ansicht
Abs.	=	Absatz
Altern.	=	Alternative
Anm.	=	Anmerkung
AT	=	allgemeiner Teil
Az.	=	Aktenzeichen
Bayr. VGH	=	Bayrischer Verfassungsgerichtshof
BBG	=	Bundesbeamtengesetz
Bd.	=	Band
BDO	=	Bundesdisziplinarordnung
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl I	=	Bundesgesetzblatt Teil I
Begr.	=	amtliche Begründung
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHSt	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BMVtdg	=	Bundesminister der Verteidigung
BRD	=	Bundesrepublik Deutschland
BT	=	Bundestag
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVG	=	Bundesverwaltungsgericht
Der Spiegel	=	Nachrichtenmagazin
Die Bundeswehr	=	Fachorgan des deutschen Bundeswehrverbandes e. V. (Zeitschrift)
DÖD	=	Der öffentliche Dienst (Zeitschrift)
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drucksachen	=	Drucksachen des deutschen Bundestages
DSTO	=	Disziplinarstrafordnung
DVBl	=	Deutsches Verwaltungsblatt
Erl.	=	Erläuterung
ff	=	folgende
GG	=	Grundgesetz
HESt	=	Höchstrichterliche Entscheidungen in Strafsachen
Jahresbericht	=	Jahresbericht des Wehrbeauftragten des deutschen Bundestages
JZ	=	Juristenzeitung
Komm.	=	Kommentar
KSSVO	=	Kriegssonderstrafrechtsverordnung
LG	=	Landgericht
MStG	=	Militärstrafgesetzbuch
m. w. N.	=	mit weiteren Nachweisen
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift

Nr.	=	Nummer
NZW	=	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OGHSt	=	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes Köln in Strafsachen
OKH	=	Oberkommando des Heeres
OLG	=	Oberlandesgericht
Rdnr.	=	Randnummer
RGBl	=	Reichsgesetzblatt
RGSt	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RKG	=	Entscheidungen des Reichskriegsgerichts
RMG	=	Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts
S.	=	Seite
SG	=	Soldatengesetz
StGB	=	Strafgesetzbuch
StPO	=	Strafprozeßordnung
SUV	=	Soldatenurlaubsverordnung
UvD	=	Unteroffizier vom Dienst
Verw. Archiv	=	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
vgl.	=	vergleiche
VMBl	=	Ministerialblatt des Bundesministers der Verteidigung
VWGO	=	Verwaltungsgerichtsordnung
VWRspr.	=	Verwaltungsrechtssprechung in Deutschland (Zeitschrift)
Wehrkunde	=	Zeitschrift für alle Wehrfragen
WDO	=	Wehrdisziplinarordnung
WDStO	=	Wehrmachtsdisziplinarstrafordnung
WStG	=	Wehrstrafgesetz
ZBR	=	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZDV	=	Zentrale Dienstvorschrift
ZWR	=	Zeitschrift für Wehrrecht

Gliederung

		Seite
	Einleitung	1
	1. Kapitel	
	Der Charakter der Strafbestimmungen, die den Mißbrauch der Disziplinargewalt betreffen	5
A)	Der Begriff Rechtsgut	
B)	Die Entwicklung eines Rechtsgutes	6
C)	Das Schutzobjekt im Militärstrafgesetzbuch	7
I.	Der Begriff "Mannszucht"	
1.	Ursprüngliche Bedeutung	
2.	Nutzbarmachung der Begriffe Mannszucht und Rechtsgut unter nationalsozialistischer Herrschaft	
D)	Das durch das Wehrstrafgesetzbuch geschützte Rechtsgut	11
I.	Der methodische Rechtsgutsbegriff	12
II	Die objektiven Interessen der Gemeinschaft	
1.	Interessen des Staates auf Grund der politischen Situation	
2.	Auswirkungen der technischen Entwicklung	17
a)	Die Spezialisierung militärischer Funktionen	
b)	Auswirkungen auf den militärischen Führungsstil	18
3.	Bedeutung von Befehl und Gehorsam	21
III.	Die Funktionsfähigkeit der Truppe	24
IV.	Der Schutz des Einzelnen	25

		Seite
	2. Kapitel	27
	Die Tatbestände der §§ 38 und 39 WStG	
A)	Der Mißbrauch der Disziplinargewalt gemäß § 38 WStG	
I.	Das Anmaßen der Disziplinargewalt (§ 38, 1. Altern.)	29
1.	Der Täterkreis	
2.	Die Handlung	33
a)	Die Anmaßung der Befugnis, Disziplinarstrafen zu verhängen	37
(1)	Disziplinarstrafen, die nach der WDO zulässig sind	
(2)	Generell unzulässige Bestrafungen	
(3)	Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt durch angemaßte Untersuchungen (Disziplinarstrafentscheidungen)	39
b)	Die Anmaßung der Befugnis, Urlaub zu erteilen	4o
c)	Die Anmaßung der Befugnis, Anerkennungen zu erteilen	52
d)	Die Anordnung Erzieherischer Maßnahmen	56
3.	Die Rechtswidrigkeit	
II.	Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt (§ 38 2. Alter. WStG)	57
1.	Der Täterkreis	
2.	Die Handlung	59
a)	Die Verletzung von Zuständigkeitsregelungen	60
b)	Die Verhängung von unverdienten oder unerlaubten Strafen	61
c)	Die Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften	62

		Seite
d)	Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt durch unerlaubte Disziplinarstrafentscheidungen	63
e)	Fehler bei der Vorläufigen Festnahme gemäß § 9 WDO	65
f)	Ermessensfehler des Disziplinarvorgesetzten	70
(1)	Das Nichteinschreiten in reinen Disziplinarsachen	
(2)	Fehler bei der Strafbemessung	77
(3)	Die Praxisänderung	81
III.	Die Schuld bei § 38 1. Altern. und 2. Altern.	83
IV.	Konkurrenzen	
B)	Der Mißbrauch der Disziplinargewalt gemäß § 39 WStG	84
I.	Das Verhältnis des § 39 zu § 38	85
II.	Der Täterkreis des § 39 Abs. 1	
III.	Die vier Fälle des § 39 Abs. 1 WStG	86
1.	Die Verhängung einer Disziplinarstrafe gegen einen Unschuldigen (§ 39 Abs. 1 Nr. 1)	
a)	Der Begriff "Unschuldiger"	87
(1)	Dienstvergehen als Bezugsobjekt der Schuld	
(2)	Das außerdienstliche Verhalten	
(3)	Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe	90
(4)	Materieller und prozessualer Unschuldsbegriff	91
(5)	Zweifel an der Unschuld	92
(6)	Fehlende Strafwürdigkeit	98

(7)	Die Verhängung unangemessener Strafen	100
b)	Das Tatbestandsmerkmal "Verhängen"	101
c)	Die Verhängung unzulässiger Strafen	102
2.	Die Verhängung von Disziplinarstrafen trotz Unzulässigkeit der Verfolgung (§ 39 Abs. 1 Nr. 2)	103
a)	Absehen von Strafe	104
b)	Vorweggenommene Maßnahmen des nächsten Disziplinarvorgesetzten	107
c)	Verfolgungshindernis durch Aufhebung einer früheren Bestrafung	108
d)	Verfolgungshindernis auf Grund gerichtlicher Urteile	
3.	Ahndung von Dienstvergehen mit nach Art und Höhe im Gesetz nicht vorgesehenen Disziplinarstrafen (§ 39 Abs. 1 Nr. 3)	112
a)	Eingreifen in die Befugnisse höherer Vorgesetzter	114
b)	Verknüpfung mehrerer Disziplinarstrafen	114 a
c)	Verschärfung von Disziplinarstrafen	116
d)	Nachteile für den Untergebenen	117
4.	Die Ahndung von Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen (§ 39 Abs. 1 Nr. 4)	119
a)	Abgrenzung der Begriffe "Disziplinarstrafe" - "Maßnahme"	
aa)	Die formelle Unterscheidung von Maßnahmen und Disziplinarstrafen	
bb)	Materielle Unterschiede	121
b)	Maßnahmen mit Strafcharakter	123

		Seite
c)	Indizien für den Strafcharakter einer Maßnahme	126
aa)	Die formelle Fehlerhaftigkeit	127
bb)	Materielle Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme	129
(a)	Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes	
(b)	Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt	
(aa)	Verstoß gegen fundamentale Rechtsnormen	
(bb)	Verletzung verfassungsgestaltender Grundentscheidungen	131
(cc)	Mißachtung von Grundgesetznormen	134
(dd)	Verstoß gegen andere Gesetze im formellen Sinne	135
(ee)	Verstoß gegen militärisches Gewohnheitsrecht, rechtmäßige Befehle und Dienstvorschriften	
5.	Tatbestandsvollendung	146
6.	Die Schuld	147
IV.	Die Vollstreckung einer Disziplinarstrafe, die nicht vollstreckt werden darf (§ 39 Abs. 3 WStG)	148
1.	Zuständigkeiten bei der Vollstrekkung (Der Täterkreis)	149
2.	Die Handlung	
a)	Unzulässigkeit der Vollstreckung	150
b)	Das Unvollstrecktlassen einer Strafe	151
c)	Fehler bei der Vollstreckung	

		Seite
3.	Die Schuld	153
C)	Das Verhältnis der §§ 38, 39 WStG zu den entsprechenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches	

Einleitung

Eine Beobachtung wehrstrafgerichtlicher Verfahren gegen Angehörige der Bundeswehr zeigt ein im Hinblick auf die Straftatbestände des Mißbrauchs der Disziplinargewalt bemerkenswertes Ergebnis. Wie sich aus einer im Bundesministerium der Verteidigung erstellten Statistik ergibt, [1] sind in den Jahren 1965 und 1966 ausschließlich 3 Soldaten, und zwar 2 Offiziere und 1 Unteroffizier, wegen Mißbrauchs der Disziplinargewalt (§ 38 WStG) verurteilt worden. Im Jahre 1967 erfolgte sogar keine einzige Verurteilung nach § 38 WStG. Bei den Verurteilungen der Jahre 1965 und 1966 handelte es sich nur um relativ leichte Fälle des Mißbrauchs, denn die höchste Strafe, auf die erkannt wurde, bestand aus 3 Wochen Strafarrest.

In diesen wenigen Fällen wurden zudem nur Verstöße gegen den leichteren Mißbrauchsfall - nämlich § 38 WStG - geahndet. Eine Bestrafung nach der Vorschrift des § 39 WStG, die den schwereren Fall des Mißbrauchs der Disziplinargewalt unter Strafe stellt, ist - soweit ersichtlich - seit Inkrafttreten des Wehrstrafgesetzes am 1. Mai 1957 noch nicht erfolgt.

Diese Tatsache könnte geeignet sein, den Eindruck zu erwecken, daß es sich bei den Strafbestimmungen über den Mißbrauch der Disziplinargewalt (§§ 38, 39 WStG) wenn nicht um überflüssige, so doch zumindest um wenig bedeutende handelt.

Allerdings wäre eine derartige Betrachtungsweise zu oberflächlich, denn die Bedeutung strafrechtlicher Normen kann nicht allein nach der Häufigkeit der Verstöße gegen diese Bestimmungen beurteilt werden. Sollte nämlich der wichtige Strafzweck "ne peccetur" 2) auf Grund des Bestehens dieser Normen nahezu vollständig erreicht werden und sich daraus die geringe Zahl der Verurteilungen ergeben, so handelte es sich bei den Strafbestimmungen der §§ 38, 39 WStG um höchst bedeutsame.

Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die Erreichung des Zwecks der Strafdrohung, künftige Straftaten zu vermeiden, bei den Vorschriften über den Mißbrauch der Disziplinargewalt eine ganz wesentliche Unterstützung dadurch erfahren hat, daß der Gesetzgeber es nicht bei den Strafdrohungen bewenden ließ, sondern durch das Soldatengesetz vom 19. 3. 1956 3), die Wehrbeschwerdeordnung vom

---

1) nicht veröffentlicht

2) vgl. zu den Strafrechtstheorien Baumann S. 11 mit weiteren Nachweisen

3) BGBl I S. 114

23.12.1956 1) und die Wehrdisziplinarordnung vom 15.3.1957 2) ein Übriges tat, um die Ausübung der Disziplinargewalt in den Grenzen der Rechtmäßigkeit zu halten. Außerdem wurde eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit in der Institution der Wehrbeauftragten des deutschen Bundestages geschaffen. Dieser Wehrbeauftragte ist nach der Verfassung berufen, den Schutz der Grundrechte der Soldaten zu gewährleisten und als Hilfsorgan des Bundestages bei der Ausübung der parlamentarischen Kontrolle die Verwirklichung der Grundsätze der Inneren Führung zu fördern.

Der Intention des Gesetzgebers folgend, trug die Führung der Bundeswehr durch eigene Maßnahmen dazu bei, einen Mißbrauch der Disziplinargewalt zu verhindern. Die Rechtmäßigkeit der Disziplinargewalt und ihre sinnvolle Ausübung werden durch ein ganzes System von Sicherheitsvorkehrungen weitgehend garantiert. Der Bundesminister der Verteidigung erläuterte in seinen Erlassen über Erzieherische Maßnahmen 3) die Befugnisse der einzelnen Vorgesetztengruppen im Detail. Im Erlaß vom 2o.2.1965 4) wurden die Arten und die Anwendungsmodalitäten der den Vorgesetzten zur Verfügung stehenden Erziehungsmittel bis in Einzelheiten festgelegt und die bereits sich aus dem Handbuch "Innere Führung" und den geltenden Dienstvorschriften ergebenden Richtlinien ergänzt.

Die zivilen Rechtsberater der Bundeswehr überwachen in ihren Bereichen die von den Disziplinarvorgesetzten verhängten Disziplinarstrafen und schulen die Vorgesetzten durch ständigen Unterricht und schriftliche Belehrungen in der korrekten Ausübung der Disziplinargewalt. So ist - um ein Beispiel zu nennen - vom Korps-Rechtsberater in Münster ein ausführliches Prüfschema den Disziplinarvorgesetzten dieses Bereiches zur Verfügung gestellt worden , dessen Beachtung eine mißbräuchliche Ausübung der Disziplinargewalt beim Verdacht eines Dienstvergehens selbst für einen mit den Rechtsmäßigkeitsvoraussetzungen nicht vertrauten Vorgesetzten ausschließt. Der Truppe wurden für die einzelnen Arten von Disziplinarstrafen Formblätter übergeben, die die genauen Einzelheiten der Strafen (einschließlich der Vollstreckung und der gesetzlichen Grundlagen) enthalten. Da Disziplinarstrafen vor der Bekanntgabe an den Beschuldigten schriftlich fixiert sein

1) BGBl I 1o66
2) BGBl I S. 189
3) FüB I 4 vom 28.11.1958 und vom 2o.2.1965
4) Wenn im folgenden von Erlaß gesprochen wird, ist immer dieser Erlaß des Bundesministers der Verteidigung gemeint

müssen (§ 25 WDO) und außerdem eine Abschrift in einem besonderen Disziplinarbuch aufzubewahren ist (§ 42 WDO), ist beispielsweise bei Beachtung des formellen Verfahrens die Verhängung einer nicht in die WDO vorgesehenen Disziplinarstrafe wesentlich erschwert, denn das Schreibpersonal in der Truppe würde bereits stutzen, wenn ein Vorgesetzter ein derartiges Formblatt nicht benutzen oder es abändern wollte.

Daneben trägt der regelmäßig erfolgende Unterricht über Wehrdisziplinar- und Wehrbeschwerdeordnung dazu bei, daß Untergebene in der Bundeswehr in der Lage sind, Verstöße eines Vorgesetzten bei der Ausübung der Disziplinargewalt zu erkennen und Gegenmaßnahmen zu ergreifen, die dem Soldaten in Form einer Beschwerde, einer Eingabe an den Wehrbeauftragten oder einer Anzeige bei der Strafverfolgungsbehörde zur Verfügung stehen.

Wenn also Gerichte so selten mit einem Mißbrauch der Disziplinargewalt befaßt werden, so ist das nur mittelbar den Strafdrohungen der §§ 38, 39 WStG zuzuschreiben. Dennoch erfüllen diese Strafbestimmungen eine wichtige Funktion. Sie garantieren die grundsätzliche Möglichkeit der richterlichen Überprüfungbei der Ausübung der Disziplinargewalt und verhindern damit eine Auflockerung der innerdienstlichen Weisungen und Maßnahmen bezüglich der Handhabung der Disziplinargewalt, denn der Truppe ist diese richterliche Kontrolle naturgemäß unangenehm, da sie jedenfalls glaubt, ein mit militärischen Erfordernissen und innerdienstlichen Belangen wenig vertrauter Richter sei häufig kaum in der Lage, über die Rechtmäßigkeit bei der Ausübung der Disziplinargewalt zu befinden. Nicht zuletzt, um zu verhindern, daß Gerichte häufiger mit Fällen des Mißbrauchs der Disziplinargewalt betraut werden, wird eine so intensive interne Kontrolle ausgeübt.

Neben dieser Funktion, eine Auflockerung der innerdienstlichen kontrolle zu verhindern, haben die Strafbestimmungen der §§ 38, 39 WStG weiterhin die Bedeutung, die Gewähr zu bieten, daß die Disziplinargewalt in der Bundeswehr in einer Weise ausgeübt wird, die der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland entspricht. Durch die Möglichkeit einer außermilitärischen Kontrolle wird die Ausprägung eigener spezifisch militärischer Auffassungen von Recht und Unrecht, wie sie bei früheren Armeen - erinnert sei nur an den ausgeprägten Ehrenkodex in der Armee bis in dieses Jahrhundert hinein - häufig üblich waren.

Es soll dennoch nicht verkannt werden, daß es in der Bundeswehr häufiger zu einer mißbräuchlichen Ausübung der Disziplinargewalt kommt als es nach der geringeren Zahl der Verurteilungen den Anschein hat. So weist der Jahresbericht des Wehrbeauftragten 1) 1967 4.705 Eingaben auf, die die Strafrechtspflege, die Grundrechte, die Innere Führung und das - Disziplinarwesen betreffen, von denen 1.492 begründet waren. Der Jahresbericht 1968 erfaßt 5.985 Eingaben, von denen 1.735 begründet waren. Trotz dieser Zahlen ist der Wehrbeauftragte der Meinung, 2) daß die Disziplinarvorgesetzten in der Handhabung der Disziplinargewalt sicherer geworden seien. Soweit das zutrifft, spielt die klare Fassung der WDO sowie der Erlaß über "Erzieherische Maßnahmen" - letztlich beeinflußt von den richtungweisenden Strafbestimmungen des WStG - eine entscheidende Rolle.

An dieser Stelle ist jedoch der Hinweis erforderlich, daß es neben den leichteren Verstößen gegen die Disziplinargewalt , die mit Recht in der Truppe disziplinarisch geahndet werden, auch schwerwiegende Fälle des Mißbrauchs der Disziplinargewalt gibt, die einer strafrechtlichen Ahndung bedürfen, bei denen jedoch der mit der Sache betraute Richter aus einer möglicherweise bestehenden Unsicherheit, disziplinare Fragen und truppendienstliche Belange betreffend, die Bestimmungen der §§ 38, 39 WStG nicht berücksichtigt. Auf derartige Fälle wird im folgenden besonders einzugehen sein.

---

1) im folgenden nur als Jahresbericht zitiert
2) Jahresbericht 1967, S. 18

1. Kapitel

Der Charakter der Strafbestimmungen, die den Mißbrauch der Disziplinargewalt betreffen

A) Der Begriff "Rechtsgut"

Die Bedeutung der §§ 38, 39 WStG läßt sich nicht ohne eine Erläuterung des durch diese Bestimmungen geschützten Rechtsgutes darstellen, denn der eigentliche Sinn einzelner Tatbestände ist nur durch die Frage nach dem Schutzobjekt, das der Tatbestand einschließt, beziehungsweise, von der Täterseite aus gesehen, nach dem Angriffsobjekt 1) zu erschließen 2).

Nach der vom bürgerlichen Liberalismus in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts entwickelten Lehre vom Rechtsgut versinnbildlicht ein Rechtsgut den objektiven Wert, den ein geschütztes Gut umschließtoder die gedankliche Zusammenfassung dessen, was ein Tatbestand seinem Sinn nach im Ganzen umfaßt. Dabei ist es für das Rechtsgut der strafrechtlichen Tatbestände gerade wesentlich, daß es nicht nur ein Gut des Einzelnen, sondern ein solches der Rechtsgemeinschaft darstellt. 3) Diese Erläuterung reicht normalerweise aus, um das in einzelnen Bestimmungen des Kriminalstrafrechts geschützte Rechtsgut zu erkennen, denn als echtes Kriminalstrafrecht ist nur dasjenige anzusehen, welches mit dem Sittengesetz in enger Verbindung steht, 4)das also Tatbestände erfaßt, die bereits ohne Berücksichtigung strafrechtlicher Normen nur auf Grund ihres moralischen oder ethischen Unwertes als Unrecht zu erkennen sind.

Im Kriminalstrafrecht ergibt sich daher häufig - man denke nur an dieBestimmungen der §§ 211 ff oder der §§ 223 ff StGB - das Schutzobjekt unmittelbar aus dem Sittengesetz; die Verletzung des Schutzobjektes stellt sich als Mißachtung sittlicher Werte oder Forderungen dar.

---

1) Angriffsobjekt in diesem Sinne ist nicht identisch mit dem sog. Handlungsobjekt, also dem konkreten Gegenstand, an dem sich die Handlung körperlich vollzieht; vgl. Maurach AT S. 182 Jescheck AT S. 177, die jedoch das Angriffsobjekt im Sinne des Handlungsobjekts verstehen.

2) Blei S. 115
Schönke-Schröder S. 16 Vorbem. 21

3) Blei S. 115

4) Baumann S. 33

Dem Nebenstrafrecht, zu dem auch das Wehrstrafrecht gehört, fehlt dieser spezifische Charakter des Kriminalstrafrechts. Eine Verbindung mit den Geboten und Forderungen der Ethik ist nicht ohne weiteres ersichtlich. Die Frage nach dem Rechtsgut ist deshalb für das Wehrstrafgesetz nicht allein vom Sittengesetz her zu beantworten. Es ist daher genauer auf die Entstehung eines Rechtsgutes einzugehen.

B. Die Entwicklung eines Rechtsgutes

Jede Rechtsordnung beruht auf gewissen Interessen. Interesse hat etymologisch die Bedeutung "von Wichtigkeit sein". Insofern ist mit Interesse das Verhältnis einer Person (Individualinteresse) oder einer Mehrheit von Personen (Gemeinschaftsinteresse) zu einem bestimmten Gegenstand gemeint. Ein derartiges Verhältnis ist stets so gestaltet, daß hinsichtlich dieses Gegenstandes entweder die Fortdauer oder die Veränderung eines Zustandes wünschenswert ist.

Eine Verletzung der Interessen einer Einzelperson oder einer Mehrheit von Personen erfolgt dadurch, daß entweder der bestehende, erwünschte Zustand geändert oder die wünschenswerte Veränderung eines Zustandes verhindert wird. 1)

Ein Schutz der Interessen kann mithin sowohl dadurch erfolgen, daß Maßnahmen ergriffen werden, um einen erwünschten Zustand zu erhalten, als auch dadurch, daß eine Veränderung des nicht erwünschten Zustandes angestrebt wird.

Das Verhältnis einer Person oder einer Personenmehrheit zu einem bestimmten Gegenstand - ein Interesse - wird dann zum "Lebensgut", wenn der gewünschte Zustand existiert. Dieses "Lebensgut" wird dadurch zum Rechtsgut, daß der Gesetzgeber die Interessen wegen ihrer sozialen Bedeutung 2) anerkennt und durch gesetzliche Normen schützt, wobei allerdings zu beachten ist, daß häufig Interessenkollisionen bestehen und berücksichtigt werden müssen.

Die Entscheidung darüber, welche der möglicherweise unterschiedlichen Interessen geschützt werden sollen, setzt eine Interessenabwägung voraus, denn im Konfliktsfall muß dem einen Interesse auf Kosten des anderen der Vorrang gegeben werden. Im Strafrecht wird ein Lebensgut dadurch zum Rechtsgut erhoben, daß mittels einer strafrechtlichen Norm eine Verletzung der Interessen unter Strafe gestellt wird.

---

1) vgl. Engelhard S. 73
2) Welzel S. 4

C) Das Schutzobjekt im Militärstrafgesetzbuch

Das in den Bestimmungen über den Mißbrauch der Disziplinargewalt geschützte Rechtsgut läßt sich nur in Verbindung mit der Frage nach Sinn und Zweck der Disziplinargewalt ermitteln, da diese unmittelbar vor unrechtmäßiger Ausübung bewahrt werden soll. Wenn die unrechtmäßige Ausübung eines Rechtes oder einer Pflicht durch eine Norm verhindert werden soll, dann läßt sich der Sinn und Zweck dieser Norm nur aus den Fragen herleiten: welches Interesse hat die Gemeinschaft an der rechtmäßigen Ausübung?, welche soziale Bedeutung hat dieses Recht oder diese Pflicht, deren Mißbrauch durch Strafdrohungen unterbunden werden soll?.

Bis zur Auflösung der Wehrmacht im Jahre 1945 bestand Einigkeit darüber, daß die Disziplinargewalt als Befugnis militärischer Vorgesetzter ausschließlich den Sinn habe,"die Mannszucht" in der Armee zu fördern und zu erhalten. 1)

I. Der Begriff "Mannszucht"

1) Ursprüngliche Bedeutung

Der Begriff "Mannszucht", der ursprünglich weitgehend die Bedeutung des lateinischen Wortes "virtus" umfaßte, wird in der Regel mit militärischer Disziplin gleichgesetzt. 2)

Eb. Schmidt etwa verstand noch 1936 den Begriff "Mannszucht" als Inbegriff aller spezifisch soldatischen Pflichten. Die den Pflichtenkreis des Soldaten bestimmenden höchsten Werte seien: Ehre, Treue, kämpferischer Mut, Verantwortungsfreude, Gehorsam und Kameradschaft. Eine Verwirklichung dieser Werte bedeute Disziplin im weitesten Sinne und damit "Mannszucht".

2) Nutzbarmachung der Begriffe "Mannszucht" und "Rechtsgut" unter nationalsozialistischer Herrschaft

Die primär politische Herrschaft eines autoritären Strafrechts von 1933 an führte allmählich zu einer Einengung und Wertänderung des Begriffs "Mannszucht". Zu Grunde lag dieser Entwicklung ein weitgehend anderes Verständnis des Begriffs "Rechtsgut". Das Rechtsgut wurde zunächst rein formell definiert als staatliches Interesse oder rechtlich geschützter sozialer Zustand. Damit veranschaulichte das Rechtsgut nicht mehr den Wert, den es objektiv für die Rechtsgemeinschaft als solche

1) Burkhardt in ZWR 1943, 28
Lehmann in ZWR 1942, 23
Gösser S. 5
RMG 1, 14ff; RMG 5, 115; RGSt 59, 332; RGSt 69, 266
2) Rittau § 38, Anm. 5; Eb. Schmidt, S. 1; Lehmann ZWR 1942, 23; Der große Brockhaus 7. Bd., 16. Auflage

besaß, sondern diese "moderne" Rechtsgutlehre wies den Richter an, bei Auslegung und Rechtsanwendung stets den nationalsozialistischem Gedankengut angeglichenen Sinn und Zweck der einzelnen Tatbestände im Auge zu behalten, um so der Ausrichtung des Rechts am "Gemeinschaftsdenken" und der Durchdringung der Rechtsordnung mit dem Geist des Nationalsozialismus zu dienen. 1) Dabei wurde das Gemeinschaftsdenken nicht etwa objektiv ermittelt, sondern man war über die "richtige Einstellung der Volksgemeinschaft ... durch die Volksführung unterrichtet, vor allem durch die Reden und Erklärungen des Führers". 2) Somit bestand der Begriff "Rechtsgut" nur noch aus einer kategorialen Synthese nationalsozialistischer Zwecke. 3) Diese Nutzbarmachung des Begriffs "Rechtsgut" für nationalsozialistische Zwecke führte dazu, daß man unter Beibehaltung des formellen Begriffs die Mannszucht nur noch als strikten Gehorsam und bedingungslose Unterordnung verstand und außerdem "die Wirkung dieser Grundsätze, gemessen an dem Zustand der Wehrmacht, in bezug auf Zucht und Ordnung" einschloß. 4)

Man verstand unter Mannszucht also einerseits eine Eigenschaft des Soldaten, nämlich Gehorsam, andererseits aber auch einen Zustand, nämlich die auf Grund des Gehorsams herrschende Disziplin.

Einer derartig verstandenen Mannszucht wurde eine weitreichende Bedeutung beigemessen. So bestimmte zum Beispiel § 5a Kriegssonderstrafrechtsverordnung, 5) daß jede Straftat einer dem Kriegsstrafverfahren unterliegenden Person mit der höchsten Strafe belegt werden konnte, wenn sich die Handlung gegen die Mannszucht richtete oder die Aufrechterhaltung der Mannszucht diese Strafe erforderte. Der ausschließliche Sinn eines eigenen Militärstrafgesetzbuches wurde im Schutz einer so verstandenen Mannszucht gesehen; da bereits das allgemeine Strafrecht berufen sei, den Schutz des Einzelnen und der Gemeinschaft gegen rechtswidrige Eingriffe zu vermitteln, also sowohl den Zivilisten als auch den Soldaten betreffe, bedürfe es eines eigenen Militärstrafgesetzbuches nur, weil es gelte, dieses besondere Rechtsgut zu schützen. Dementsprechend sollte nach der Auffassung des Wehrrechtsausschusses 1936 das gesamte Wehrstrafrecht

---

1) vgl. Schwinge - Zimmerl S. 64
2) vgl. Gleispach S. 1o
3) Sina, S. 77
4) Dietz, S. 42
5) KSSVO vom 17. 8. 1938 RGBl 1939, I. 1455

unter dem Motto stehen: "Aufrechterhaltung der Mannszucht". Die wahre Intention wurde deutlich, als der Wehrrechtsausschuß weiterhin die Forderung stellte, die Mannszucht solle Seele der Wehrmacht und damit Rechtsgut des gesamten deutschen Volkes sein; sie zu erhalten, seien alle Glieder des Staates berufen. 1) Hier wurde bereits das Anliegen erkennbar, Mannszucht in diesem Sinne über den Bereich der Wehrmacht hinaus ausstrahlen zu lassen und sie im allgemeinen, innerpolitischen Bereich zu erzwingen. Hauptanliegen nationalsozialistischer Weltanschauung war nämlich der Kampf gegen Individualismus und Liberalismus.

"Autorität von oben und Gehorsam von unten, mit einem Wort Disziplin ist die ganze Seele der Armee. Die Disziplin macht die Armee erst zu dem, was sie sein soll. Eine Armee ohne Disziplin ist auf alle Fälle eine kostspielige für den Krieg nicht ausreichende und im Frieden gefahrvolle Institution ." 2) Diese Ausführungen des Generalfeldmarschalls von Moltke in der Reichstagssitzung vom 7. 6. 1872 wurden herangezogen, um das MStG unter den "großen gemeinsamen Leitgedanken" zu stellen: "Aufrechterhaltung der Mannszucht und damit Sicherung des inneren Zusammenhalts der Schlagkraft und Schlagfertigkeit der Truppe". 3)

Durch Anwendung eines methodischen Rechtsgutbegriffes, 4) der gleichgesetzt wurde mit staatlichem Interesse, das autoritär festgelegt wurde, engte man den Begriff der Mannszucht ein und deklarierte ihn dann als objektives Gemeinschaftsinteresse. Das geschah dadurch, daß man die Mannszucht der Wehrkraft gleichstellte und diese Wehrkraft als wichtigsten Substanzwert bezeichnete, 5) denn nur auf der Grundlage strengster Mannszucht sei die hohe Aufgabe des Soldaten erfüllbar, mit seiner Wehrkraft den Bestand von Staat und Reich zu schützen und gleichsam auf den Schultern zu tragen. 6) Ausgehend von der Feststellung, daß der "Wille zur wehrhaften Selbstbehauptung" nicht nur die Wehrmacht, sondern alle wehrfähigen Männer und darüber das ganze

---

1) Bericht des Wehrrechtsausschusses zur Neugestaltung des MStG, Berlin 1936
2) v. Moltke, stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages, 1. Legislaturperiode, Nr. 22 der Anlagen
3) Gösser S. 5
4) Schönke - Schröder S. 16 Vorbemerkung 21
5) Senftleben S. 9
6) Gösser S. 5

Volk erfülle, 1) wurden Forderungen an jeden Bürger gestellt. "Der Bestand des Volkes als Quelle der Wehrkraft" sei letztlich das Entscheidende, da die Wehrkraft eines Volkes sich nicht in seinen materiellen Wehrmitteln erschöpfe. Die Zahl und die militärische Brauchbarkeit der Soldaten, Waffen, Ausrüstungsgegenstände und sonstiger Verteidigungsmittel, also die materiellen Wehrmittel, bedürften der Ergänzung aus der geistigen Wehrkraft, das heißt der seelischen Haltung und weltanschaulichen Einstellung der Soldaten und des ganzen Volkes. 2)

Mit dem Schutz der Mannszucht sollte unter Ausschaltung der Individualinteressen also nicht nur die Wehrmacht als Instrument des Staates geschützt werden, sondern der Schutz galt der Wehrmacht als innere Stütze des autoritären Staates; denn - so wurde ausgeführt- die Wehrordnung dürfe nicht ein einfaches Produkt der politischen Verfassung sein, sondern die Wehrmacht müsse vielmehr die stärkste unter den verfassungsbildenden Kräften darstellen. 3) Bei der Auffassung, daß die soldatische Gemeinschaft zur Erfüllung ihrer Aufgabe, den Staat zu schützen, in ihrem inneren Zusammenhalt ein einheitliches Ganzes bilden müßte, 4) war nicht zuletzt der Gedanke leitend, daß die Armee zunächst Staat im Staate sein müsse, damit sie sich in dieser Abkapselung im nationalsozialistischen Sinne innerlich festige, um dann von innen heraus die Gesellschaft dem parteipolitischen Interesse anzupassen. Man ging so weit, die Forderung zu stellen, durch die Erziehung des Soldaten müsse erreicht werden, daß er lerne, "sein eigenes Ich und dessen Wünsche restlos aufzugeben. "5)

Der autoritäre Staat benutzte somit ein ohnehin vorhandenes Interesse an der Schlagkraft der Armee , den in die Wehrmacht eintretenden Bürger unter dem Vorwand der Erforderlichkeit der Mannszucht zu einem für den Staat geeigneten Untertan zu machen. Wenn der Soldat auf Grund der ihm anerzogenen Disziplin zu einer besonderen Stütze des Staates werden sollte, so war

---

1) v. Gleispach S. 31
2) Senftleben S. 1o
3) Huber S. 8
4) Gösser S. 5
5) Burkhard in ZWR 1943, 28

damit bezweckt, den Soldaten zu einem bedingungslos sich unterordnenden Werkzeug zu machen. Ihm wurde anerzogen, sich der staatlichen Autorität zu beugen und gegebenenfalls antiautoritäre Strömungen zu unterdrücken. Auf diese Weise sollte sich allmählich ein dem Regime genehmer Typ des Staatsbürgers entwickeln; insofern war die Armee tatsächlich Erziehungsschule der Nation.

Dem Schutz einer so verstandenen Mannszucht dienten die Bestimmungen im Abschnitt "Mißbrauch der Dienstgewalt"; nur wer die ihm übertragene Dienstgewalt richtig gebrauche, wahre die Autorität von oben. Da das ganze Gefüge der Armee auf Autorität und Gehorsam beruhe, 1) verletze ein Verhalten, durch das diese Autorität gefährdet werde, bereits das Rechtsgut "Mannszucht" und stelle sichals Mißbrauch der Dienstgewalt dar.

Bestenfalls indirekt sollten die Strafnormen über den "Mißbrauch der Disziplinargewalt" auch den Schutz des Einzelnen bezwecken. Im Vordergrund stand ausschließlich das staatliche Interesse an einer schlagkräftigen Armee und einem im nationalsozialistischen Sinne "funktionierenden" Staat.

D) Das durch das Wehrstrafgesetzbuch geschützte Rechtsgut

Die vorausgehende ausführliche Darstellung des Rechtsgutbegriffes im nationalsozialistischen Staat war notwendig, um deutlich zu machen, wie bedenklich es ist, "Mannszucht" als geschütztes Rechtsgut trotz der veränderten politischen und militärisch-technischen Verhältnisse auf das Wehrstrafgesetzbuch zu übertragen, ohne auf den Begriff "Rechtsgut" einzugehen oder den Begriff "Mannszucht" neu zu interpretieren, wie es vielfach geschieht. 2)

Der allgemeine Rechtsgutsbegriff und die konkrete Festlegung des Rechtsgutes für die Tatbestände der §§ 38, 39 WStG sind von so entscheidender Bedeutung für die Auslegung, 3) daß es unbedingt erforderlich ist, im Zusammenhang mit der gesamten sozialen Ordnung 4) den Begriff "Rechtsgut" festzulegen und das in den §§ 38, 39 WStG geschützte Rechtsgut zu bestimmen.

---

1) Burkhardt in ZWR 1943, 28
2) vgl. Rittau § 32, Anmerkung 5,
Rittau § 38, Anmerkung 5,
Jescheck S. 84,
Arndt S. 19
3) vgl. Schönke-Schröder S. 14, Vorbemerkung 21
4) vgl. Welzel S. 4

I. Der methodische Rechtsgutsbegriff

Soweit der sogenannte methodische Rechtsgutsbegriff unter Rechtsgut nur den vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannten Zweck in seiner kürzesten Formel versteht, ist er abzulehnen. 1) Wie bereits ausgeführt wurde, muß nämlich zunächst ein Lebensgut bestehen, bevor es zum Rechtsgut erhoben werden kann;das heißt es müssen Interessen vorhanden sein, denen auf Grund sachgemäßer Abwägung der Vorrang gegeben und damit vom Gesetzgeber Schutz verliehen werden kann. Rein formelle Definition wie "staatliches Interesse" oder "rechtlich geschützter sozialer Zustand" bergen die Gefahr in sich, daß tatsächlich nicht bestehende oder nur nebenrangige Interessen auf Grund rein politischer Zweckmäßigkeit zu Rechtsgütern erhoben werden. Daher ist unter Rechtsgut nur ein Gut des objektiven Rechts der Allgemeinheit zu verstehen.

II. Die objektiven Interessen der Gemeinschaft

Welches Rechtsgut in diesem Sinne im heutigen Wehrstrafgesetzbuch geschützt werden soll, läßt sich somit nur danach entscheiden, welche Interessen objektiv bestehen und welchen bei sachgemäßer Abwägung der Vorzug zu geben und damit Schutz zu gewähren ist. Hierbei sind neben den politischen Interessen auch die Individualinteressen und die Auswirkungen der Technik im Bereich einer Armee zu berücksichtigen. Erst nach Prüfung dieser bestehenden Interessen läßt sich entscheiden, ob die Mannszucht tatsächlich noch das geschützte Rechtsgut ist oder ob auf Grund einer anderen Interessenlage ein anderes Schutzobjekt besteht.

1. Interessen des Staates auf Grund der bestehenden politischen Situation

Eine Änderung der Gemeinschaftsinteressen könnte sich aus der veränderten politischen Situation und der damit verbundenen Wandlung der Stellung der Armee in der BRD ergeben, denn der Geist einer Armee wird weitgehend von den Grundvorstellungen der jeweiligen Zeit- und Gesellschaftsverhältnisse geprägt. 2)

---

1) Schönke-Schröder S. 14, Vorbemerkung 21, Sina S. 78

2) Arndt S. 26

Durch die Neuordnung des Staates wurde die BRD organisatorisch zu einem demokratischen Rechtsstaat, dessen Staatsvolk aus frei verantwortlichen Staatsbürgern besteht, denen ein von staatlicher Hoheit nicht antastbarer Kern an Rechten und personaler Würde eigentümlich ist.

Das Verhältnis der Streitkräfte zu diesem Staat wurde dabei so gestaltet, daß die Bundeswehr - wie die Verfassungsnovelle vom 19. 3. 1956 klarstellt - der vollziehenden Gewalt zugeordnet wurde. Der Grundgesetzgeber ging davon aus, daß die Bundeswehr sich in das historisch vorgefundene Schema der dreifachen Funktionsverteilung einordnen lassen müsse. Da sowohl funktionell als auch organisatorisch im System des Grundgesetzes kein Raum für eine vierte Gewalt ist, blieb nur der Weg, die Bundeswehr institutionell als Organ der vollziehenden Gewalt zu betrachten. 1)

Eine derartige Einordnung brachte zudem die Möglichkeit mit sich, eine gewünschte, weitgehende Integration der Bundeswehr in den demokratischen Rechtsstaat und damit auch in die pluralistische Gesellschaft anstreben zu können. Eine solche Eingliederung ist nämlich auf Grund der Wesensunterschiede zwischen parlamentarischem Rechtsstaat und Armee problematisch. Während nach demokratischen Grundsätzen alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, ist in einer Armee immer ein hierarchischer Aufbau vorherrschend. Infolge dieser traditionellen Verschiedenheit beider Institutionen wurde die bewaffnete Macht in der "Weimarer Republik" auch zu einer "Insel der Tradition", die weder demokratisch noch republikanisch eingestellt war. 2)

Um einer derartigen Fehlentwicklung entgegenzutreten, wurde die Frage des "Oberbefehls" im Grundgesetz neu gestaltet. Während die früheren deutschen Verfassungen dem Staatsoberhaupt in Anlehnung an absolutistische Vorbilder den Oberbefehl über die Streitkräfte übertrugen und dadurch die Streitkräfte in einer rechtlichen Sonderstellung außerhalb der zivilen Ressorts ansiedelten, 3) verzichtete der Verfassungsgesetzgeber von 1956 auf diese Einheit von Staatsoberhaupt und Oberbefehl. 4) Das hatte zur Folge, daß die Streitkräfte der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers im gleichen Umfang unter-

---

1) Lepper S. 94
Martens S. 1oo
2) Waldmann S. 45
3) vgl. hierzu Busch S. 1o7 ff
4) vgl. Roemer in JZ 1956, 193 ff (195)

worfen wurden wie die übrigen Ressorts. Als Manifestation der Absicht, die Streitkräfte in den bestehenden Staatsaufbau zu integrieren, wurden die Grundsätze der "Inneren Führung" entwickelt, die nicht nur die militärische Führungslehre umfassen, sondern die gesamte Wehrgesetzgebung sowie die Erlasse, Dienstvorschriften und Befehle im Stile einer in den Rechtsstaat einzugliedernden Armee prägen sollten.

In konsequenter Verfolgung des Zieles, die Bundeswehr dynamisch in die vorgegebene politische Ordnung einzugliedern, wurde als Kernbereich der "Inneren Führung" das Leitbild des "Staatsbürgers in Uniform" entwickelt. Hierunter soll ein Soldat verstanden werden, der in der Gemeinschaft verwurzelt ist und daher die grundsätzliche Bereitschaft mitbringt, für diese Gemeinschaft einzutreten. 1)

Um die Armee nicht zu einem Fremdkörper im Staat werden zu lassen, müssen dem Wehrpflichtigen die Grundrechte in weitest möglichem Umfang erhalten bleiben. Durch diese Geltung der Wertordnung des Grundgesetzes in der Bundeswehr ist ein weiteres äußeres Zeichen für die "Inkorporierung" der Streitkräfte in die vollziehende Gewalt gegeben. 2) Wenn der Staatsbürger auch mit seinem Eintritt in die Streitkräfte einer gewissen Wandlung unterliegt, so ist diese doch nicht der Eigenart des militärischen Gewaltverhältnisses entsprungen, sondern diese Änderung kann sich nur im Engagement durch die unmittelbare Betroffenheit infolge der intensiven Konfrontation mit staatsbürgerrechtlichen Pflichten ergeben, 3) denn "infolge der allgemeinen Wehrpflicht begegnet der Bürger in ihr 4) dem Staat mehr als irgendwo sonst fühlbar ist." 5)

Alle Auffassungen, die zwischen Bürger und Soldat essentiell und qualitativ differenzieren wollen, sind verfassungsrechtlich illegitim. Genausowenig wie man wesentliche Unterschiede zwischen einem Beamten und einem Staatsbürger machen kann, genausowenig darf der Soldat in eine Sonderstellung gedrängt werden. Der Soldat hat zwar besondere staatsbürgerliche Verpflichtungen, aber diese sind nicht mehr spezifisch soldatische. Sie sind vergleichbar mit den Beamtenpflichten. Während im 19. und in der ersten Hälfte des 20.Jahrhunderts

---

1) Waldmann S. 66
2) Jahresbericht 1968, S. 14
3) vgl. Barth S. 18
4) der Bundeswehr
5) Jaspers S. 2o9

der militärische Bereich noch absolutistischen Kategorien verhaftet blieb, wurden im parlamentarischen Rechtsstaat der BRD unter dem Aspekt der Integration der Streitkräfte Soldaten und Beamte unter dem gemeinsamen Dach des öffentlichen Dienstes zusammengeführt. 1) Der Gesetzgeber gestaltete die Bundeswehr, um jede Isolierung zu verhindern, nämlich nicht als besondere öffentlich-rechtliche Anstalt, sondern machte sie zu einem mit Zwangsbefugnissen ausgestatteten Teil der Bundesverwaltung. 2)

Aus der beiderseitigen Treupflicht zwischen Staat und Soldaten beziehungsweise Beamten ergibt sich für beide Standesgruppen die gleiche Verpflichtung zur Wahrung, Förderungund Sicherung des Staates. 3) Die besonderen Pflichten des Soldaten werden somit auf Grund des Austauschverhältnisses mit den Pflichten des Staates bei der in einer demokratischen Staatsform erforderlichen Identifizierung des Staatsbürgers mit dem Staat zu einer Selbstverständlichkeit, solange dem Soldaten seine staatsbürgerlichen Rechte nicht weiter beschnitten werden, als es die Eingliederung des Bürgers in die Streitkräfte verlangt.

Wenn diese Ausführungen auch in erster Linie für eine Armee im Frieden gelten und Zweifel daran bestehen können, ob im Verteidigungsfall eine Berufung auf die im Grundgesetz verankerten Rechte möglich bleiben wird, 4) so wird dennoch die Armee im Falle einer kriegerischen Auseinandersetzung in ihrer Gesamtkonzeption weiter auf dem Boden der freiheitlich-demokratischen Grundordnung stehen. Dies ergibt sich bereits aus den Grundsätzen der NATO, der die Bundeswehr weitgehend eingegliedert ist. 5) Nach diesen im Brüsseler Vertrag vom 17. 3. 1948 niedergelegten Grundsätzen, die die BRD durch Gesetz vom 24. 3. 1955 anerkannte, sind die Vertragsstaaten entschlossen,

> "ihren Glauben an die grundlegenden Menschenrechte, an die Würde und den Wert der menschlichen Persönlichkeit und an die anderen in der Satzung der Vereinten Nationen verkündeten Ideale erneut zu bekräftigen; die Grundsätze der Demokratie, die persönliche und politische Freiheit, die verfassungsmäßige Überlieferung und

---

1) vgl. dazu Jahresbericht 1968, S. 15
vgl. auch Roemer in JZ 1956, 193 ff (195)
2) Arndt S. 15
3) vgl. Schütz S. 68
4) vgl. Rittau in NJW 196o, 1477
5) vgl. die Pariser Verträge vom 23. 1o. 1954

> die Achtung vor dem Gesetz, die ihr gemeinsames Erbe sind, zu festigen und zu erhalten." 1)

Ziel dieses Natobündnisses ist es, jeden Angriff von einem der beteiligten Staaten abzuwehren, dem Zustand der Spannung in der Welt ein Ende zu machen und den Frieden, den Wohlstand und den sozialen Fortschritt zu fördern. 2) Diese Grundkonzeption der Bundeswehr und ihre Niederschläge in den Grundsätzen der "Inneren Führung" und im Leitbild des "Staatsbürgers in Uniform" scheint KARL JASPERS zu verkennen, wenn er 1966 fordert:

> "Man darf sich nicht zufrieden geben mit einer bloßen Praxis der Bundeswehr, die unklar in ihrer Aufgabe und ihren Zielsetzungen ist und die keinen Geist entwickelt, der ihr Sinn und Zusammenhalt gibt." 3)

Das Wesen und der Zweck der Bundeswehr sind vielmehr klar bestimmbar. Sie dient nicht mehr der inneren Sicherheit, ist also nicht mehr innenpolitische Stütze des Staates, - die Zweifel, die infolge der Notstandsgesetzgebung entstanden sein mögen, sollen hier unberücksichtigt bleiben - sondern dient ausschließlich der Verteidigung des Staates gegen Angriffe auf Freiheit und Recht von außen. Diese Funktionsbeschränkung auf die Verteidigung ist grundgesetzlich in Artikel 26 und Artikel 87 a GG verankert. Damit ist durch die Verfassung selbst die politische Entschlußfreiheit in Hinblick auf den Einsatz der Streitkräfte begrenzt.

Es besteht ein Gemeinschaftsinteresse daran, in der Bundeswehr ein wirkungsvolles Instrument zur Verteidigung von Recht und Freiheit im Rahmen der allgemeinen NATO-Grundsätze zu besitzen. Die Verteidigung von Recht und Freiheit ist somit Hoheitsaufgabe des Staates, der er durch die Bundeswehr nachkommt. Damit ist diese - wie bereits ausgeführt - Teil der Exekutive. Bundeswehr und Bundeswehrverwaltung unterliegen der parlamentarischen und verwaltungsgerichtlichen Kontrolle wie jede andere Verwaltung. 4)

---

1) Aus der Präambel des Brüsseler Vertrages in "NATO", S. 212
2) Erklärung der Ministertagung des NATO-Rates vom 16. - 19.12.1957 in "NATO", S. 306
3) Jaspers, S. 209
4) Arndt, S. 15

Wenn die frühere Wehrmacht "Waffenträger der Nation" 1) oder "abschließende Erziehungsschule der jungen deutschen Mannschaft" 2) sein sollte, so ist die Bundeswehr heute nüchtern Teil der vollziehenden Gewalt geworden. Sie hat keine unmittelbare erzieherische Aufgabe; wenn sie dennoch erzieht, dann soll diese Erziehung dem Soldaten nur zu gesteigertem staatsbürgerlichen Bewußtsein verhelfen. 3)

2. Auswirkungen der technischen Entwicklung

Nicht nur im politischen Bereich hat sich eine Interessenwandlung vollzogen, sondern auch die technischen und taktischen Entwicklungen unter Berücksichtigung der Kampfmethoden im Atomzeitalter verlangen eine Anpassung. Waren beim Kampf in geschlossener Formation, der der Einzelinitiative keinen Raum ließ, bedingungsloser Gehorsam und Drill für das Funktionieren einer Armee unerläßlich, 4)so sind heute bei der Wahrscheinlichkeit auch psychologischer Kampfführung andere Forderungen zu stellen.

Da heute Verteidigungskonzeptionen einen möglichen Einsatz von nuklearen Waffen, chemischen und biologischen Kampfstoffen berücksichtigen müssen, erfüllt das moderne "Innere Gefüge" der deutschen Bundeswehr nicht nur eine demokratische Forderung, es ist vor allem auch die Folge zwingender militärischer Notwendigkeiten. 5)

a) Die Spezialisierung militärischer Funktionen

Die dominierende Rolle der Technik führt zu einer erheblichen Spezialisierung der militärischen Funktionen, die zur Folge hat, daß dem einzelnen Soldaten in der Bundeswehr ein auf seinen Dienstposten bezogener Stellenwert zukommt, der sich vorwiegend aus seinen Spezialkenntnissen ergibt. 6) Das führt dazu, daß der einzelne Soldat, schon auf Grund der fehlenden Austauschbarkeit, aus seiner bloßen Objektstellung in der vortechnischen Epoche befreit ist.

Diese Entwicklung deutete sich bereits in erheblichem Umfang im 2. Weltkrieg an. Nur Zucht und Ordnung im militärischen Bereich reichten nicht aus. Die ansich erforderliche Neuinterpretation des Begriffs "Mannszucht" ließ zwar die damalige politische Situation nicht zu, aber man stellte immerhin fest, daß Mannszucht nicht mehr allein auf seelenlosem Gehorsam aufgebaut sein dürfe. Sie könne nicht allein um der Führerver-

---

1) Kayser S. 15
2) Kayser S. 31
3) vgl. Arndt S. 16
4) Zur taktischen Entwicklung vgl. Huber S. 137 ff
5) Herms S. 119
6) vgl. Jahresbericht 1968

antwortung willen zum "Kadavergehorsam" absinken, sondern der Untergebene müsse sich aus Einsicht in die unbedingte Notwendigkeit straffster Mannszucht ein- und unterordnen, damit er an seinem Platz unter Aufbietung aller Kräfte das Beste leisten könne. 1) Unter Beibehaltung des eingeengten Begriffs "Mannszucht" wurde hier als neues Moment "Einsicht", die anscheinend im Begriff "Mannszucht" nicht enthalten sein sollte, auf Grund rein militärisch-technischer Erfordernisse gleichrangig neben die Mannszucht gestellt; dennoch hielt man wegen der politischen Gegebenheiten an einer derartigen Mannszucht als einziger Grundlage der Wehrmacht fest, 2) obwohl auf Grund militärischer Erfordernisse ein mit Einfallsreichtum, Selbstbewußtsein und Verantwortungsempfinden ausgestatteter Einzelkämpfer benötigt wurde. Bereits im 2. Weltkrieg waren Worte wie:

> "Wo Mannszucht herrscht, da wird bis auf den letzten Mann gekämpft, da stehen die Soldaten wie ein Mann und schlagen den Feind mit Mann und Roß und Wagen." 3)

schon weitgehend phrasenhaft geworden.

Der heutige Soldat ist im Verteidigungsfall möglicherweise psychischen Belastungen ausgesetzt, denen er nicht mehr allein mit Gehorsam Befehlen gegenüber begegnen kann. Der Satz "die Mannszucht ist die höchste aller Soldatentugenden" 4) hat bei einem eingeengten Verständnis des Begriffs "Mannszucht" endgültig seine Bedeutung verloren. Der heutige Soldat benötigt eine grundsätzliche, innere Bereitschaft seinen Aufgaben gegenüber. 5)

Soldaten in technischen Spezialfunktionen haben zudem eine völlig andere Verantwortung der gesamten Einheit und militärischen Führung gegenüber, der nur entsprochen werden kann, wenn dem Soldaten geistige Freiheit erlaubt bleibt und er zu einem reifen und selbstsicheren Staatsbürger "erzogen" wird. 6)

b) Auswirkungen auf den militärischen Führungsstil

Technik und Kriegsbild und die damit verbundene Spezialisierung militärischer Funktionen haben auf das hierarchische

---

1) Burkhardt in ZWR 1943, 28
2) Lehmann ZWR 1942, 23
3) v. Schenkendorf S. 229
4) Rehdans-Dombrowski-Kersten S. 282
5) vgl. Arndt S. 27
6) vgl. Waldmann S. 58

Gefüge der Bundeswehr maßgeblichen Einfluß. Befehle in bestimmten Bereichen - in erster Linie auf technischem Gebiet - können häufig nur noch als Auftrag erteilt werden. Damit muß dem Untergebenen ein gewisser Ermessensspielraum bei der Erreichung eines gesteckten Zieles eingeräumt werden. 1)

Wenn früher jeder militärische Vorgesetzte in der Lage war, die Ausführung seiner Kommandos oder Befehle zu kontrollieren, da jede übergeordnete militärische Führungsstelle die Qualifikation für alle nachgeordneten einschloß, so haben sich heute die traditionellen Vorstellungen über militärische Hierarchie und soldatische Disziplin gewandelt. 2) Das innere Gefüge moderner Streitkräfte ist von der Selbständigkeit der Untergebenen bei der Erfüllung ihrer militärischen Pflichten und der damit korrespondierenden Steigerung in der fachlichen Abhängigkeit der Vorgesetzten geprägt. 3) Es ist daher ein Umdenken bezüglich des Verhältnisses zwischen Vorgesetzten und Untergebenen erforderlich.

Der im Absolutismus herrschende Grundsatz, daß der Soldat seinen Vorgesetzten mehr fürchten müsse als den Feind, hat inzwischen auch den letzten Rest an Bedeutung eingebüßt. Zwar kann selbst in einer modernen Armee auf Autorität militärischer Vorgesetzter nicht verzichtet werden, durch die Bedeutungszunahme der Technik hat sich aber das Wesen der erforderlichen Autorität weitgehend gewandelt. An die Stelle der früher durch Dienstgrad und Dienststellung begründeten Amtsautorität als wesentlichstes Kriterium militärischen Führungsstiles ist in stärkerem Maße die funktionale Autorität in den Vordergrund getreten, welche auf dem Fachwissen der Vorgesetzten beruht. Damit ist zwar keine grundlegende Aufhebung hierar-chischer Strukturen erfolgt, aber die Stellung des Untergebenen gegenüber dem Vorgesetzten ist aufgewertet worden. Seiner Funktion entsprechend wird seine Persönlichkeit in höherem Maße anerkannt.

Um ihrem Sinn gerecht zu werden, hat die Autorität des Vorgesetzten in erster Linie auf fachlichen und charakterlichen Werten und erst in zweiter Linie auf übertragenen Befugnissen zu beruhen. Der Soldat muß auf Grund der sozialen und geistigen Umschichtungen anders angesprochen werden, damit er frühzeitig zum Mitdenken angehalten wird und aus eigener Einsicht Autorität und Disziplin anerkennen kann. 4) Wenn mithin früher

---

1) vgl. Jahresbericht 1967, S. 12
2) vgl. 2. Jugendbericht der Bundesregierung vom 15.1.1968, Bundestagsdrucksache V/2453
3) vgl. Jahresbericht 1968, S. 17
4) Waldmann S. 56

durch das militärische Straf- und Disziplinarrecht die Autorität des Vorgesetzten vor äußeren Angriffen durch den Ungehorsam Untergebener und vor Eingriffen von innen durch den Vorgesetzten selbst, - der durch den Mißbrauch seiner Befugnisse einen Verfall seiner Autorität am ehesten erreichen kann - geschützt werden sollte, so war hiermit hauptsächlich der Schutz staatlich verliehener Autorität bezweckt. Inzwischen ist vorwiegend die persönliche, funktionale Autorität Schutzobjekt dieser Bestimmungen geworden.

Militärsoziologisch sind verschiedene Arten militärischen Führungsstiles zu unterscheiden; zunächst dominierte der traditionale Führungsstil, der auf der vorbehaltlosen Unterordnung des Untergebenen unter die Amtsautorität des Vorgesetzten beruht. Dieser traditionale Führungsstil hat zwar seine Auswirkungen in bezug auf den hierarchischen Aufbau der Bundeswehr behalten, er bedarf aber heute der Ergänzung durch den personalen Führungsstil, denn die persönliche Autorität ist insofern bedeutsam, als die staatliche Autorität allein nur geeignet ist, Gehorsam zu erzwingen. Sinnvoll ist erst die Synthese aus traditionalem und personalem Führungsstil. 1) Die Vielschichtigkeit sozialer Wechselbeziehungen im Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis erschöpft sich nämlich nicht im ausschließlich rationalen Bereich , sondern es bedarf der persönlichen Ausstrahlung des Vorgesetzten durch vorbildhaftes Beispiel, durch Kameradschaft, Vertrauen und persönliche Achtung. Der dritte militärische Führungsstil, der kooperative, hat erst auf Grund der weitgehenden Technisierung der Streitkräfte Bedeutung gewonnen. Es ist inzwischen eine Art Teamwork zwischen Vorgesetzten und Untergebenen erforderlich geworden. Die Förderung des Sachverstandes und der Einsatzfreude des Untergebenen sowie der Appell an die verantwortliche Mitarbeit sind neben der funktionalen Autorität des Vorgesetzten Faktoren, die diesen Führungsstil partnerschaftlicher Koorperation ausmachen. 2)

Diese militärischen Führungsstile sind im praktischen Bereich natürlich nicht zu trennen, denn der Vorgesetzte muß die Wahl seiner Führungsmittel der jeweils sich ergebenden Situation anpassen. Dennoch ist infolge der Technisierung der traditionale beziehungsweise autoritäre Führungsstil bedeutungsmäßig gegenüber dem personalen und kooperativen Führungsstil in den Hintergrund getreten. Diese Entwicklung ist auch vom Wehrbeauftragten in seinem Jahresbericht 1968 erkannt worden. 3) Auf Grund der technischen Entwicklung und der damit verbundenen

---

1) vgl. BMVtdg in Heft 6, Innere Führung, 1967, S. 26
2)vgl. Jahresbericht 1968 S. 18
3) vgl. Jahresbericht 1968, Anhang

notwendigen Änderung des militärischen Führungsstiles läßt sich heute nicht mehr vertreten, daß für das Funktionieren einer Armee Zucht und Ordnung - also Mannszucht in der eingeengten Bedeutung - das einzig Entscheidende sei. Fehlgriffe in der Wahl des Führungsstiles und eine damit verbundene Verletzung des Vertrauens, der Einsatzfreude und des Verantwortungsbewußtseins der Untergebenen beeinträchtigen die Funktionsfähigkeit der Truppe im gleichen Maße wie eine Verletzung von Zucht und Ordnung. Für einen militärischen Führer ist es von ebenso großer Bedeutung, Überzeugungskraft zu besitzen wie befehlen zu können. Es ist daher sowohl auf Grund der politischen als auch der technischen Entwicklung verfehlt, im Wehrstrafrecht am Rechtsgut "Mannszucht" in seiner begrifflich eingeengten Form festzuhalten. Wenn bereits Generaloberst v. SEECKT im Jahre 1926 hervorhob, daß das höchste Gut und die erste Vorbedingung für den guten Geist einer Mannschaft ihr Vertrauen in die Gerechtigkeit ihres Führers sei, 1) und damit Momente personalen Führungsstiles betonte, so sollte man heute, wenn inzwischen der traditionale Führungsstil auch auf Grund der technischen Entwicklung noch weiter an Bedeutung verloren hat, nicht mehr von Zucht und Ordnung als wichtigster Voraussetzung für die Armee sprechen. In gleicher Weise bedeutsam sind Vertrauen, Einsichtsfähigkeit und Verantwortungsbewußtsein der Untergebenen.

3) Bedeutung von Befehl und Gehorsam

Mit diesen Ausführungen soll nicht die Bedeutung von Befehl und Gehorsam im militärischen Bereich in Frage gestellt werden. Wenn auch kooperative und personale Elemente von ihrer Bedeutung her gesehen neben Befehl und Gehorsam getreten sind, so bleibt dennoch Gehorsam gegenüber erteilten Befehlen auch in der Bundeswehr unerläßlich. 2) Der Vorgesetzte muß in der Lage sein, klar und eindeutig zu befehlen (§ 10 Absatz 5 SG), und der Untergebene ist gehalten, Befehle unverzüglich, gewissenhaft, vollständig und nach besten Kräften auszuführen (§ 11 SG), denn im Falle eines Einsatzes muß die Truppe in der Lage sein, schnelle und gemeinsame Aktionen auszuführen. Gegebenenfalls muß der Soldat strikt und ohne Widerrede gehorchen. 3) Insofern bleiben Gehorsam und Disziplin Wesenselemente jeder bewaffneten Macht, 4) denn eine Armee kann letztlich nicht nach demokratisch-

---

1) v. Seeckt, Einführungserlaß
2) Jaspers S. 213
vgl. auch Flor in NJW 1957, 243 ff (245):
"... die entscheidende und unverzichtbare militärische Grundpflicht, den Gehorsam ....."
3) Arndt S. 19
4) Barth S. 32
Rotermund DSTO S. 53

parlamentarischen Regeln geführt werden. 1)

Die notwendige Weisungsmöglichkeit militärischer Vorgesetzter darf jedoch nie Selbstzweck werden. Zwar muß sich der Soldat unterordnen können, aber nur soweit das für das Funktionieren einer Armee notwendig ist. Die Beschränkung der staatsbürgerlichen Rechte darf nur dort erfolgen, wo sie bedingt durch die Eigenart des militärischen Dienstes unumgänglich ist. Wenn sich hierbei auch ein gewisses Spannungsfeld zwischen bürgerlicher Freiheit und militärischer Ordnung nie ganz vermeiden läßt, so bleibt der Soldat dennoch Staatsbürger, wenn eine Beschränkung auf das erfolgt, was als Ordnungsmittel für einen in die demokratische Staatsform integrierten Komplex wie die Bundeswehr unbedingt erforderlich ist. Jede Überbewertung militärischer Eigenarten - also auch des Gehorsams - führt zum Militarismus. 2) "Bei Übertragungen der Gehorsamspflicht auf den außerdienstlichen Bereich erfolgt die Militarisierung des Lebens". 3)

Dem Staatsbürger, als seinem Staat Zugehörigen und zumindest faktisch Verbundenen, können zum Wohle der Gesamtheit Disziplin und Ordnung, sowie körperlicher Einsatz abverlangt und zugemutet werden„ 4) wenn gleichzeitig demokratischer Geist die Armee des demokratischen Staates durchdringt.

Dabei ist noch einmal hervorzuheben, daß es nicht mehr ausreicht, wenn der Soldat gehorchen kann. Er muß insbesondere in seiner Wertwelt durch eine positive Einstellung zum Staat und zu den Werten, die dieser Staat verkörpert, gerüstet sein. Es ist daher in der Bundeswehr nicht nur eine Ausbildung zum "Kämpfen können", sondern auch zum "Kämpfen wollen" erforderlich. Um kämpfen zu wollen, muß der Soldat, der Recht und Freiheit des Staates verteidigen soll, auch dieser Vorzüge im Alltag teilhaftig werden. 5)

Damit ist deutlich gemacht, daß die Bestimmungen über die Disziplinargewalt sowohl auf Grund politischer Gegebenheiten als

---

1) Arndt S. 27
2) Arndt S. 27
3) Jaspers S. 213
4) vgl. Barth S. 19
5) vgl. BMVtdg zu den Vorfällen in Nagold vom 31.1.1964 S. 13 - nicht veröffentlicht -

auch militärisch-technischer Notwendigkeiten nicht mehr die Mannszucht in der eingeengten Form als Unterordnungsverhältnis oder Disziplin allein schützen dürfen.

Die objektiven Interessen der Gemeinschaft bezüglich der Schlagkraft der Armee und der Erhaltung der staatsbürgerlichen Rechte des Einzelnen gehen weiter. Es muß neben der militärischen Zucht und Ordnung das Vertrauen des Untergebenen zum Staat und damit zum Vorgesetzten, ja letztlich das innere Verhältnis des Soldaten zu allen Werten der demokratischen Grundordnung gepflegt werden. Insofern besteht neben der Notwendigkeit strengster Unparteilichkeit eine hohe Verantwortung des Vorgesetzten. Wenn früher zum Beispiel nach dem Hannoverschen-Duell-Edikt für die Soldaten vom 6.1.1719 auch schon jeder Soldat die Möglichkeit hatte, wenn er

"injurieret oder beleydigt zu sein vermeynet, ...bei der Generalität und Kriegsgericht sich ohnverzüglich melden und desfalls rechtliche Satisfication begehren und gegenwärtigen" konnte, 1) so sollte hiermit nicht etwa der Untergebene aus seiner Objektstellung befreit werden, sondern dieses eingeräumte Recht diente nur einem allgemeinen Ordnungszweck, dem Einzelnen um seiner selbst willen Rechtsschutz zu verleihen, war nicht der Sinn. 2)

Heute geht es im Bereich der Wehrverfassung aber gerade darum, den Einzelnen als Rechtssubjekt zu erhalten.

Die objektiven Gemeinschaftsinteressen, wie sie sich bei einer Abwägung politischer Gegebenheiten, militärischer Notwendigkeiten und individueller Rechte darstellen, können von dem Begriff "Mannszucht" als geschütztem Rechtsgut nur dann erfaßt werden, wenn dieser Begriff in seiner ursprünglichen weitgehenden Bedeutung verstanden wird, denn ein Mißbrauch der Disziplinargewalt führt nicht allein zu einer Gefährdung von Zucht und Ordnung, sondern hat entscheidende Auswirkungen auf die innere Bereitschaft, das Vertrauen und die Einsatzfreude der Untergebenen. Diese Werte sind im gleichen Umfang schutzwürdig wie Zucht und Ordnung, denn ein Soldat, dem gegenüber Disziplinargewalt mißbräuchlich ausgeübt wird, verliert sein Vertrauen in die Gerechtigkeit seines Vorgesetzten und damit auch zum Staat, der ihm einen derartigen Vorgesetzten aufzwingt. Wenn auch allein

---

1) zitiert nach v. Spangenberg I S. 602 ff
2) vgl. Oetting S. 24

auf Grund der Amtsautorität Gehorsam und damit äußere Disziplin erhalten bleibt, so führt doch ein derartiger, erzwungener Gehorsam zu Interesse- und Entschlußlosigkeit. 1)

Interesse und Verantwortungsfreude der Soldaten sind aber für das Funktionieren einer Armee ebenso Voraussetzung wie Zucht und Ordnung.

Der Begriff "Mannszucht" könnte auch diese Interessen enthalten, wenn man ihn als "Disziplin" verstünde und sich zu einem umfassenden Verständnis des Begriffes "Disziplin" als

> "1. äußere Zucht und Ordnung innerhalb der Armee und
>
> 2. innere Zucht oder Selbstdisziplin - nämlich die auf Selbstbeherrschung beruhende Haltung als freie, sittliche Leistung des einzelnen" 2)

bekennen würde. Wie aber der Wehrbeauftragte schon in seinem Jahresbericht 1963 3) zutreffend bemerkt, wird in der Regel unter dem Begriff der militärischen Disziplin weniger eine Disziplin aus der Erziehung zur Selbstzucht, Verantwortung und zum Mitdenken heraus verstanden, sondern wie bisher in der Militärgeschichte stets eine Disziplin durch äußere, oft gewaltsame Einfügung in die militärische Ordnung, wobei die dabei angewandten Methoden "grobmechanischer Art und weitgehend an Drill und Dressur orientiert" waren. 4)

Eine andere Möglichkeit einer sinnentsprechenden Interpretation der "Mannszucht" ist dadurch möglich, daß man sie als Gehorsam begreift und dabei Verantwortung und Vertrauen als Grundlagen des Gehorsams ansieht. 5) Bei einem derartigen Verständnis des Begriffs "Mannszucht" würde dieser Begriff tatsächlich auch heute noch als geschütztes Rechtsgut weitgehend die objektiven Gemeinschaftsinteressen umfassen.

III. Die Funktionsfähigkeit der Truppe

Wenn auch bei zweckentsprechender Interpretation am Begriff "Mannszucht festgehalten werden könnte, so ist es doch sinn-

---

1) vgl. Burkhardt in ZWR 1943, 24
2) Brockhaus Enzyklopädie 17. Auflage, 4. Bd.
3) Jahresbericht 1963, S. 21
4) Foerster S. 342
5) vgl. Arndt S. 166

voller, von den Funktionen der Truppe auszugehen.

Die Funktionsfähigkeit der Truppe stellt die einzige Daseinsberechtigung einer Armee in der BRD dar. Die Bundeswehr ist damit nicht Selbstzweck, sondern hat nur instrumentale Bedeutung. Sie hat ausschließlich die Aufgabe, im Verteidigungsfall zu funktionieren. Ein Wehrstrafgesetzbuch darf damit auch nur die Aufgabe haben, die Funktionsfähigkeit der Truppe zu sichern. Gehorsam und Disziplin sind zwar wichtiger Bestandteil dieser Funktionsfähigkeit, aber der Begriff umfaßt mehr. Eine alleinige Betonung des Gehorsams durch Verwendung des in der jüngsten Geschichte zu weit eingeschränkten Begriffs "Mannszucht" birgt die Gefahr in sich, daß Gehorsam wieder zum Selbstzweck wird.

Es ist daher angebracht, den Begriff "Mannszucht" als im WStG geschütztes Rechtsgut durch den Begriff "Funktionsfähigkeit der Truppe" zu ersetzen, und damit Sinn und Zweck der Disziplinargewalt in der Funktionssicherung der Truppe zu sehen.

Die Funktionsfähigkeit der Truppe als in den Bestimmungen über den Mißbrauch der Disziplinargewalt geschütztes Rechtsgut umfaßt in gleicher Weise das "Kämpfen können" wie das "Kämpfen wollen".

Vorteilhaft bei der Verwendung eines solchen Begriffs ist außerdem, daß diesem Begriff die Ressentiments fehlen, die der Begriff "Mannszucht" durch seine frühere Mißdeutung bekommen hat. Im übrigen entspricht dieser Begriff auch eher der nüchternen, wenig pathetischen Auffassung unseres Staates dem Soldatentum gegenüber.

IV. Der Schutz des Einzelnen

Mit dem Schutz der Funktionsfähigkeit der Truppe verbindet sich in den Strafbestimmungen der §§ 38, 39 WStG auch der Schutz des Einzelnen. 1) Da die Bundeswehr einen Bestandteil der vollziehenden Gewalt darstellt, ist ihr Handeln als hoheitliches Handeln der besonderen Verpflichtung unterworfen, sich in den Grenzen der Rechtmäßigkeit zu halten. Wenn der Disziplinarvorgesetzte in bezug auf seine Strafbefugnisse gewissermaßen

---

1) vgl. Maurach BT S. 698,
Maurach vertritt zu den Amtsdelikten die Auffassung, daß neben ein tatbestands-konstitutives gemeinsames Rechtsgut ebenfalls noch ein den Grundtyp der Handlung bestimmendes trete

eine richterliche Funktion ausübt, 1) ohne daß die Rechtmäßigkeit seines Handelns durch die Mitwirkung anderer oder die Notwendigkeit einer Bestätigung besonders überprüft wird, so muß der Untergebene in seinen Rechten vor mißbräuchlicher Ausübung der Disziplinargewalt geschützt werden. Dieser Schutz des Untergebenen, der mit den Strafbestimmungen der §§ 38, 39 WStG verfolgt wird, ist weder vorrangig, 2) noch tritt er hinter den Shhutz der staatlichen Autorität beziehungsweise den Schutz des Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnisses zurück, 3) sondern er ist wichtiger und gleichrangiger Bestandteil der Funktionsfähigkeit der Truppe. 4)

Der Untergebene, der durch Strafbestimmungen gehalten ist, Befehle auszuführen und Disziplin zu wahren, muß darauf vertrauen können, daß ihm als Staatsbürger ein weitgehender Schutz gegen eine mißbräuchliche Ausnutzung der dem Vorgesetzten anvertrauten Gewalt zuteil wird. Durch die Eigenarten des militärischen Gewaltverhältnisses ist im gesteigerten Maße die Rechtsstellung des Einzelnen gefährdet, 5) der Einzelne ist daher als Rechtssubjekt und Gewaltunterworfener schutzwürdig und schutzbedürftig.

Gerade deswegen sind auch die Tatbestände der §§ 38, 39 WStG besonders ausführlich gestaltet worden , und deswegen sind verhältnismäßig strenge Strafdrohungen erlassen worden, um die auf Grund der militärischen Notwendigkeiten im Verhältnis zu anderen Behörden außergewöhnliche Machtfülle des militärischen Vorgesetzten mit allen Mitteln in ihren vorgeschriebenen Grenzen zu halten. 6)

Dabei spielt auch der Gedanke eine Rolle, der schon bei den Vorschriften der §§ 114 ff MStG mitbestimmend war, daß nämlich der Untergebene, "der in Erfüllung seiner Ehrenpflicht an der

---

1) vgl. Kranzbühler S. 5
2) Die Begründung des Entwurfs eines WStG setzt die Akzente falsch, wenn sie den Schutz der Untergebenen als im Vordergrund stehend ansieht. Der Schutz des Einzelnen ist mitumfaßt, aber nur als Bestandteil der Funktionssicherung der Truppe. (BT-Drucksachen 3o4o Bd. 47)
3) vgl. RKG 1, 32;
   bgl. auch Dreher § 38 Nr. 1, der den Schutz des Einzelnen nur als mittelbaren Nebenzweck ansieht.
4) a. A. Schäfer § 38 Anm. 1
5) Oetting S. 23
6) vgl. Jescheck S. 34

Wehrmacht und dem deutschen Volk seinen Vorgesetzten Achtung und Gehorsam erweisen sollte", auch die Berechtigung haben soll, seinerseits eine "anständige" Behandlung von Seiten seiner Vorgesetzten erwarten zu dürfen. 1)

Es werden somit in den §§ 38, 39 WStG auch Tatbestände wehrstrafrechtlich geahndet, die, im bürgerlichen Leben begangen, strafrechtlich irrelevant sind, die aber, weil eine mißbräuchliche Ausnutzung der Vorgesetzteneigenschaft vorliegt, Strafbarkeit erfordern. 2) Letztlich bieten diese Strafbestimmungen die Gewähr, daß ein Vorgesetzter von seiner Disziplinargewalt ungestraft nur in einer Form Gebrauch machen kann, die der freiheitlich-demokratischen Grundordnung der BRD und deren Gesetzen entspricht. So ist nämlich bereits in § 8 SG bestimmt, daß der Soldat die freiheitlich-demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes anerkennen und durch sein gesamtes Verhalten für ihre Erhaltung eintreten muß. Dabei umfaßt der Begriff "freiheitlich-demokratische Grundordnung" nicht nur den Buchstaben oder die Einzelbestimmungen des Grundgesetzes; es ist vielmehr die ihm zugrunde liegende Auffassung vom Wesen eines sozialen und demokratischen Staates gemeint. 3)

Die Funktionsfähigkeit der Truppe in dieser umfassenden Bedeutung ist der materielle Kern der wehrstrafrechtlichen Verhaltensnormen, auf denen sich die einzelnen Tatbestände aufbauen. 4) Dieses Rechtsgut muß bei der Erörterung der §§ 38, 39 WStG stets beachtet werden, denn "Auslegung und damit Erkenntnis des Strafgesetzes sind ohne den Richtungspunkt, den der Rechtsgutsgedanke gibt, nicht möglich. 5)

2. Kapitel

Die Tatbestände der §§ 38 und 39 WStG

A) Der Mißbrauch der Disziplinargewalt gemäß § 38 WStG

In § 38 WStG stellt der Gesetzgeber neben dem "Mißbrauch der Disziplinargewalt" auch den "Mißbrauch der Befehlsbefugnis"

---

1) So Gösser S. 7, ähnlich auch Rittau in NJW 1960, S. 1477
2) Gösser S. 6
3) vgl. Scherer SG § 8 Anmerkung II, 1
4) Maurach AT S. 182
5) Maurach AT S. 183

unter Strafe. Beide Mißbrauchsfälle sind eng miteinander verwandt, weil sich häufig, zum Beispiel bei Anordnungen, die die Vollstreckung einer unter Anmaßung von Disziplinargewalt verhängten Disziplinarstrafe betreffen, die beiden Fälle nicht voneinander trennen lassen. 1)

Die Ausübung der Disziplinargewalt geschieht nämlich in der Regel im Befehlswege, so daß normalerweise tatbestandsmäßig auch ein unzulässiger Befehl vorliegt. Insofern betreffen die folgenden Erörterungen zum Teil auch den Mißbrauch der Befehlsbefugnis. Im übrigen muß aber eine genauere Erörterung des "Mißbrauchs der Befehlsbefugnis" unterbleiben, da eine solche ohne Berücksichtigung der gesamten Befehlslehre wenig sinnvoll ist, diese aber den Rahmen des Themas verlassen würde.

Nach § 3 finden die allgemeinen Lehren des Strafrechts auf das WStG Anwendung. Es erübrigt sich daher, bei den Tatbeständen des Wehrstrafgesetzes auf allgemeine Begriffe näher einzugehen. Zu diesen Fragen wird auf die Literatur zum allgemeinen Strafrecht verwiesen. Zwar können sich im militärischen Strafrecht besondere Rechtfertigungsgründe ergeben, wie zum Beispiel der aus dem Völkerrecht abgeleitete Rechtfertigungsgrund "Kriegsrecht", 2) aber auch diese dürfen unberücksichtigt bleiben, weil das Wehrstrafgesetz nur Bestimmungen enthält, die für Friedenszeiten gelten. Eine Ergänzung für den Fall einer bewaffneten Auseinandersetzung hat sich nämlich der Gesetzgeber vorbehalten. 3) In § 38 ist in zwei Alternativen der Mißbrauch der Disziplinargewalt unter Strafe gestellt worden. "Mißbrauch" umfaßt nach dem Sprachgebrauch das Gegenteil von bestimmungsmäßigem Gebrauch und ist einmal durch Anmaßen von Befugnissen, zum anderen aber auch durch Überschreiten an sich zustehender Befugnisse begehbar. Dementsprechend hat der Gesetzgeber, diese beiden Möglichkeiten erfassend, den § 38 mit zwei Alternativen ausgestattet.

In der Ausgestaltung ist für § 38 die Vorschrift des § 12o MStG Vorbild gewesen. Neben dem Anmaßen der Disziplinargewalt im früheren § 12o MStG ist aber auch das Überschreiten der Disziplinargewalt, das früher in § 118 MStG unter Strafe gestellt war, in diese Vorschrift einbezogen worden. Allerdings hat

---

1) vgl. Arndt S. 238
2) vgl. Arndt S. 238
3) vgl. hierzu Schenk S. 27

der Gesetzgeber bestimmte, besonders schwerwiegende Fallgruppen des Überschreitens der Disziplinargewalt auch heute noch in einer eigenen Vorschrift, nämlich im § 39, mit einer schärferen Strafdrohung versehen.

Es empfiehlt sich,die beiden Alternativen des § 38 getrennt zu erörtern, da in beiden schon die Voraussetzungen, die ein tauglicher Täter mitbringen muß, unterschiedlich sind. Beiden Alternativen ist jedoch gemeinsam, daß der Täter nur Soldat oder militärischer Vorgesetzter sein kann.

Durch § 1 Abs. 2 sind zivile Vorgesetzte teilweise dem WStG unterstellt. Wenn nämlich gemäß § 1 Abs. 4 SG die Möglichkeit besteht, Zivilpersonen die Rechtsstellung militärischer Vorgesetzter zu geben und diese dadurch in ihren dienstlichen Befugnissen, zum Beispiel gegen Ungehorsam, durch das Wehrstrafgesetz geschützt werden, so ist es nur folgerichtig, daß diese Zivilpersonen auch in bezug auf Strafbestimmungen, die unter anderem auch die Untergebenen gegen einen Mißbrauch der Vorgesetztenstellung schützen sollen, gleich behandelt werden. Eine Gleichbehandlung ist im übrigen auch deswegen geboten, weil ein ziviler Vorgesetzter durch Mißbrauch seiner Vorgesetztenbefugnisse in gleicher Weise das in den §§ 38, 39 WStG geschützte Rechtsgut verletzen kann wie ein soldatischer Täter.

Daher ordnet § 1 Abs. 2 WstG mit Recht an, daß die Bestimmungen der §§ 3o - 41 des WStG auch für Vorgesetzte, die nicht Soldaten sind, Anwendung finden.

I. Das Anmaßen der Disziplinarstrafgewalt (§ 38 1. Altern.)

Die Vorschrift des § 38 WStG stellt - soweit sie die Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt betrifft - das für den militärischen Bereich ausgestaltete Gegenstück 1) oder in gewisser Weise die Ergänzung 2) zum § 132 StGB dar. Gegenstück ist § 38 insofern, als er genauso wie § 132 StGB die staatliche Autorität und das Ansehendes Staatsapparates gegen die Ausübung amtlicher Tätigkeit durch Unbefugte schützen soll3); eine ergänzende Funktion kommt ihm zu, weil er mit dem Schutze der Funktionsfähigkeit gleichzeitig auch den Schutz des Einzelnen erfaßt. 4)

1. Der Täterkreis

Eine Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt kann sowohl durch

---

1) vgl. die Meinung Schwinges zum § 120, Anm. 1
2) so auch Schäfer § 38 Anm. 1, allerdings ohne die folgende Begründung
3) Schönke-Schröder § 132 Anm. 1
4) a. A. Schäfer § 38 Anm. 1

einen Täter erfolgen, der grundsätzlich überhaupt keine Disziplinargewalt besitzt, also durch einen Mannschaftsdienstgrad oder einen Unteroffizier, 1) als auch durch einen Offizier, der zwar Inhaber der Disziplinargewalt ist, aber beispielsweise für die Verhängung der Strafe im konkreten Fall nicht zuständig ist, weil der bestrafte Soldat nicht seiner Disziplinargewalt untersteht. 2)

Zum § 120 MStG wurde zum Teil die Ansicht vertreten, daß die Anwendung des § 12o eine gewisse, wenn auch nur geringe Vorgesetzteneigenschaft voraussetze. 3) Wer sich Disziplinargewalt anmaße, müsse zumindest in irgendeiner Form Vorgesetzter sein, um den Tatbestand des § 120 MStG erfüllen zu können. Als Begründung wurde für diese Ansicht die Stellung der Vorschrift des § 120 in dem Abschnitt "Mißbrauch der Dienstgewalt" im MStG herangezogen. Nur ein Vorgesetzter habe Dienstgewalt4) und könne diese mißbrauchen.

Als weiteres Argument wurde angeführt, schon aus den Motiven zu § 114 MStG ergebe sich, daß die §§ 114 - 126 MStG für Vorgesetzte erlassen seien. Wenn die Motive außerdem bemerkten, daß § 120 MStG dem § 179 des preußischen Militärstrafgesetzbuches entsprechen solle, so bedeute das, daß auch bei § 120 MStG der Täter Vorgesetzter sein müsse, weil § 179 preuß. MStG sich unter den Vorschriften befunden habe, die vom Mißbrauch der Dienstgewalt der Vorgesetzten gegen Untergebene handelten. 5)

Diese Begründung wurde bereits von ROTERMUND zutreffend widerlegt, indem er darauf hinwies, daß § 179 preuß. MStG nur die Anstiftung Untergebener zu strafbaren Handlungen behandelt habe. Daß hierbei der Täter Vorgesetzter sein müsse, sei selbstverständlich. § 180 preuß. MStG, der dem § 120 MStG mehr entspreche als § 179 preuß. MStG, decke sich jedoch nur mit den Vorschriften der §§ 118, 119 MStG. Eine gesetzliche Bestimmung,

---

1) RMG 4, 5o
2) vgl. Gösser S. 22
   Pfleiderer § 38, 1
3) Lauerer S. 4o
   Elsner-v. Gronow-Sohl § 120 Anm. 4
4) Der heute in der BW nicht mehr verwandte Begriff der Dienstgewalt bezeichnete die Befugnisse, die einem Vorgesetzten auf Grund eines vorübergehenden oder dauernden Kommandos über den direkten Untergebenen zustanden. vgl. Lauerer S. 9
5) vgl. Elsner-v. Gronow-Sohl § 120 Anm. 4

die die Anmaßung der Befehlsbefugnis oder Strafgewalt unter Strafe gestellt hätte, habe es im preußischen Militärstrafgesetzbuch nicht gegeben. 1)

Wenn auch die angeführte historische Begründung somit unzutreffend ist, so ist doch an dieser Auffassung richtig, daß genau genommen der Tatbestand des § 120 MStG nicht in den Abschnitt "Mißbrauchder Dienstgewalt" paßte. 2) Genausowenig paßt auch im geltenden Wehrstrafgesetz die erste Alternative des § 38 in den Abschnitt "Straftaten gegen die Pflichten der Vorgesetzten", denn bei dem Täterkreis handelt es sich um Personen, die nicht oder nicht in der in Frage kommenden Beziehung Vorgesetzte sind. 3)

Allerdings darf diese unsystematische Einordnung der Bestimmung nicht überbewertet werden. Auf keinen Fall darf nur auf Grund einer inkonsequenten Einordnung der Bestimmung ins Gesetz dem klaren Wortlaut des § 38 1. Altern. WStG ein Sinn gegeben werden, der den in § 38 geschützten Interessen widerspricht.

Die Funktionsfähigkeit der Truppe wird in gleicher Weise durch Anmaßung der Disziplinargewalt seitens eines Soldaten ohne Vorgesetzteneigenschaft beeinträchtigt, als wenn ein Vorgesetzter sich ihm nicht zustehende Befugnisse anmaßt. 4)

Für den Einzelnen, der von der unter Anmaßung von Disziplinarwalt verhängten Maßnahme betroffen wird, ist es völlig gleichgültig, ob die ihn belastende Handlung von einem Täter vorgenommen wird, der Vorgesetzter ist oder von einem Kameraden. Entscheidend ist, daß der Betroffene nur deswegen von der Maßnahme getroffen wird, weil er in das besondere Gewaltverhältnis, das in der Bundeswehr besteht, einbezogen ist.

Der Einzelne verdient daher Schutz gegen solche Anmaßungen, gleichgültig, ob sie von einem Kameraden oder von einem Vorgesetzten ausgehen.

Anmaßungen der Disziplinargewalt durch einen Nichtvorgesetzten sind daher genauso strafwürdig wie die Ausübung der Disziplinargewalt durch einen Vorgesetzten außerhalb seiner Zuständigkeit. 5)

---

1) Rotermund MStG § 120 Anm. 3
2) Im StGB ist diese systematische Ungenauigkeit vermieden worden, indem § 132 StGB, dem sowohl der frühere § 120 MStG als auch der geltende § 38 WStG in etwa nachgebildet sind, nicht in den Abschnitt "Amtsvergehen" eingefügt worden ist.
3) vgl. Gösser S. 23
4) Eberhard Schmidt MStG S. 1o4
5) Gösser S. 23

Es besteht somit kein Anlaß, bei § 38 1. Altern. WStG von der zum § 120 MStG von der Rechtsprechung und der überwiegend im Schrifttum vertretenen Ansicht 1) abzuweichen. Es ist mithin nicht erforderlich, daß der Täter des § 38 1. Altern. auch nur in geringem Maße Vorgesetzter ist. 2)

Allerdings wird in der Regel nur die Anmaßung der Disziplinargewalt durch einen Vorgesetzten strafrechtlich relevant werden können, weil bei einer Anmaßung von Disziplinargewalt im Kameradenkreis der scherzhafte Charakter der Maßnahme normalerweise gewollt und auch erkennbar ist. Dennoch darf nicht übersehen werden, daß unter Umständen, insbesondere in einem Einsatz der Bundeswehr, eine Tatbestandserfüllung durch einen Soldaten, der nicht Vorgesetzter ist, durchaus denkbar ist. Im zweiten Weltkrieg waren Anmaßungen von Disziplinargewalt durch schon länger an der Front befindliche Soldaten gegenüber Rekruten, die mit den gesetzlichen Bestimmungen noch nicht vertraut waren, gar nicht selten.

Zweifel können sich für den Fall ergeben, daß ein Soldat eine Beförderung erschleicht und dadurch die Stellung eines Vorgesetzten oder gar eines Disziplinarvorgesetzten erhält.

Wenn zum Beispiel ein Soldat auf Grund einer strafbaren Handlung die Stellung eines Disziplinarvorgesetzten erhält, so ist nämlich die Ernennung nichtig und der Soldat ist materiell-rechtlich nicht Disziplinarvorgesetzter. Fraglich ist, ob dieser "Disziplinarvorgesetzte" den Tatbestand des § 38 1. Altern. erfüllt, wenn er eine an sich zulässige Disziplinarstrafe verhängt.

Das hier angeschnittene Problem ist bezüglich der Anmaßung von Befehlsbefugnissen von der Rechtsprechung bereits dahin entschieden worden, daß jemand, der in der vorgeschriebenen Form nach außen hin als Vorgesetzter anerkannt ist, sich selbst dann nicht wegen Anmaßung von Befehlsbefugnissen strafbar mache - außer, wenn er im Einzelfall zur Anwendung der Befehlsgewalt nicht berechtigt ist -, wenn die Beförderung oder die Einstufung erschlichen worden ist oder aus anderen Gründen innerlich

---

1) RMG 8, 39
Romen-Rissow § 120, Anm. 1
Eberhard Schmidt S. 104
Gösser S. 23

2) vgl. Dreher § 38 Rdnr. 3
Rissom S. 571

fehlerhaft war, denn die Vorgesetzteneigenschaft bestehe wenigstens formell solange weiter, bis sie widerrufen sei. 1)

Für die Anmaßung von Disziplinargewalt kann nichts anderes gelten, denn ein wegen Nichtigkeit der Beförderung nur "formell Befugter" übt tatsächlich und berechtigt Staatsgewalt aus und damit kann keine Anmaßung hoheitlicher Befugnisse gegeben sein. Eine andere Auffassung würde dem Schutzbedürfnis der Untergebenen widersprechen. Die Untergebenen müssen sich darauf verlassen können, daß die hoheitliche Gewalt, die einem Vorgesetzten formell einwandfrei übertragen worden ist und ihnen gegenüber angewandt wird, auch rechtmäßig ist.

Wenn auch die Übertragung der Disziplinargewalt, die auf Grund einer strafbaren Handlung erfolgt ist, mit ex tunc - Wirkung vernichtbar ist, 2) so wird hiermit nur das Innenverhältnis des Vorgesetzten zum Staat betroffen; die bereits von dem Vorgesetzten vorgenommenen Handlungen bleiben Amtshandlungen und stellen keine Anmaßung von Disziplinarbefugnissen dar. 3)

Als Täter des § 38 1. Altern. kommt also jeder Soldat oder infolge der Erweiterung des § 1 Abs. 2 WStG auch ein Zivilist, der aber militärischer Vorgesetzter sein muß, in Frage. 4)

2. Die Handlung des § 38 1. Altern. WStG

§ 38 1. Altern. stellt das Anmaßen der Disziplinarstrafgewalt unter Strafe. Es wird nicht zwischen der unbefugten Ausübung eines Amtes und der Vornahme einer Handlung, die nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, wie in dem vergleichbaren § 132 StGB unterschieden, sondern es wird allgemein auf das Anmaßen abgestellt. 5)

Eine Aufspaltung des Begriffs der Anmaßung ist allerdings für den Tatbestand des § 38 1. Altern. auch nicht erforderlich; wenn der Gesetzgeber diese Aufgliederung in § 132 StGB vorgenommen hat, so hat er damit zwei Alternativen gebildet, von denen die erstere nur einen Sonderfall der zweiten Alternative darstellt. 6) Die allgemeinere Fassung des § 38 WStG ist daher ausreichend.

---

1) RKG v. 11.2.1943 StPL HLS III 118/42
2) vgl. § 11 BBG
3) vgl. RGSt 2, 83
Schönke-Schröder § 132 Anm. 11
4) Schäfer § 38 Anm. 2
5) vgl. Schäfer § 38 Anm. 2
6) str., so wie hier: Schönke-Schröder § 132 Anm. 2
Welzel S. 512
a. A. RGSt 59, 295

Dennoch erleichtert eine Berücksichtigung der ausführlicheren Vorschrift des § 132 StGB das Verständnis des Begriffs "Anmaßung" in § 38 WStG.

Genauso wie bei § 132 StGB eine Amtsanmaßung dann gegeben ist, wenn jemand unbefugt eine Handlung vornimmt, die nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, so erfolgt die Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt dadurch, daß der Täter eine Handlung vornimmt, die nur auf Grund von Disziplinarstrafbefugnissen zulässig ist, welche ihm nicht zustehen.

Ob dem Täter die Disziplinarstrafgewalt allgemein nicht zusteht, ob er sie nur zeitlich begrenzt besitzt und außerhalb dieser Zeit handelt 1) oder ob der Täter nur einen bestimmten Personenkreis von Untergebenen nicht bestrafen darf, ist gleichgültig. Selbst der Disziplinarvorgesetzte, dem gegenüber dem bestraften Untergebenen an sich Disziplinarstrafgewalt zustand, der aber in diesem Einzelfall seine Strafgewalt durch eine bereits in der gleichen Angelegenheit verhängte Strafe erschöpft hat, maßt sich Strafgewalt an, wenn er eine Bestrafung vornimmt. 2)

Problematisch ist der Fall, daß einem Vorgesetzten Disziplinargewalt nur nach der Regelung des § 2o WDO zusteht. In diesem Fall hat er als örtlicher Befehlshaber, als Führer von besonders zusammengestellten Abteilungen oder als Offizier in ähnlicher Dienststellung je nach seinem Dienstgrad die Disziplinargewalt eines Kompaniechefs, eines Bataillonskommandeurs oder die der höchsten Stufe. 3) Die Schwierigkeit besteht hierbei darin, daß die Disziplinargewalt dieser Vorgesetzten nach § 2o Abs. 3 WDO nur insoweit besteht, als die militärische Disziplin ein sofortiges Einschreiten erfordert und der an sich zuständige Disziplinarvorgesetzte nicht erreichbar ist. Wenn somit von Untergebenen eines solchen Vorgesetzten eine Dienstverfehlung begangen wird, darf dieser nicht bestrafen, wenn der sonst zuständige Disziplinarvorgesetzte erreichbar ist. Selbst wenn die militärische Disziplin ein sofortiges Einschreiten erfordert, ist eine Bestrafung nicht zulässig, weil nach der eindeutigen gesetzlichen Fassung beide Voraussetzungen, also auch die Nichterreichbarkeit des eigentlichen Disziplinarvorgesetzten, vorliegen müssen.

Gerade eine unmittelbar auf eine Verfehlung hin erfolgende Maßnahme ist aber in ihrer Wirksamkeit am größten. Schon geringer

---

1) Zeitlich begrenzt steht z. B. dem Fachvorgesetzten nach § 2 der VO z. Regelung des mil. Vorgesetztenverhältnisses v. 4. 6. 1956 die Befehlsbefugnis zu, und zwar nur im Dienst.
2) vgl. Dietz, WDStO S. 216
3) vgl. den 5. Erlaß über die Disziplinargewalt von Offizieren v. 21. 12. 1960 (VMBl. 1961 I S. 43), zuletzt geändert am 12. 8. 1964 (VMBl. S. 4o8).

Zeitverlust, der dadurch entsteht, daß der sonst zuständige Disziplinarvorgesetzte geholt und über die Sachlage unterrichtet werden muß, nimmt der Maßnahme viel von ihrer Effizienz.

Eine derartige Überlappung von Strafbefugnissen ist daher äußerst unglücklich und sollte im Interesse der Funktionsfähigkeit der Truppe vermieden werden. Sie macht auch - und darum ist das Problem hier angeschnitten worden - die nachträgliche Klärung der Frage, ob der Vorgesetzte, der die Bestrafung ausgesprochen hat, tatsächlich in diesem konkreten Fall befugt war, unnötig schwer.

Die Härte der Rechtsfolgen des § 38 WStG erfordert, daß eine unnötige Ausuferung des Tatbestandes verhindert und nur dann eine Tatbestandserfüllung angenommen wird, wenn tatsächlich das geschützte Rechtsgut verletzt ist, das heißt, wenn die Funktionen der Truppe gestört sind. Diese Funktionen sind aber erst dann beeinträchtigt, wenn die bloße Behauptung, Disziplinargewalt zu besitzen, durch die Vornahme entsprechender Handlungen manifestiert wird, zum Beispiel durch die unbefugte Bestrafung eines anderen. 1)

Die Handlung des § 38 1. Altern. verlangt daher eine über das bloße Behaupten hinausgehende Anmaßung. Der Täter muß über die rein theoretische Behauptung, Disziplinargewalt zu besitzen, hinaus, Handlungen vornehmen, die nur ein Disziplinarvorgesetzter vornehmen darf und damit tatsächlich Gewalt ausüben.

Das einfache Sichrühmen, Disziplinarstrafgewalt zu besitzen, erfüllt den Tatbestand des § 38 1. Alternative noch nicht. 2) Daher stellt zum Beispiel das unbefugte Tragen einer Offiziersuniform, das ansich Ausfluß einer fehlenden Befugnis ist, keine Anmaßung von Befehlsbefugnissen oder von Disziplinarstrafgewalt dar. Die damit möglicherweise konkludent erfolgende Behauptung, Offizier zu sein und somit entsprechende Befugnisse zu haben, reicht allein zur Tatbestanderfüllung nicht aus, 3) es muß eine tatsächliche Ausübung der Befugnisse hinzukommen. 4)

---

1) vgl. Pfleiderer § 38 Anm. 1a
Schäfer § 38 Anm. 2
2) Schwinge § 12o Anm. II
Dreher § 38 Anm. II
Kohlhaas, Komm. § 38 Anm. 2
Arndt S. 239
3) vgl. Schwinge § 12o Anm. 5
Schäfer § 38 Anm. 2
4) vgl. RGSt 58, 175 zu § 132 StGB

Da Strafnormen grundsätzlich auf die wichtigsten Bereiche der Gemeinschaftsinteressen zu beschränken sind, 1) kann auch in einer scherzhaften Anmaßung der Disziplinargewalt keine Erfüllung des Tatbestandes des § 38 WStG gesehen werden, 2) denn eine solche führt zu keiner Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Truppe.

Daß es sich bei den Maßnahmen, die unter Anmaßung von Disziplinarstrafgewalt getroffen werden, in gleicher Weise wie bei Befehlen, 3)um unverbindliche und rechtswidrige Maßnahmen handelt, ist bedeutungslos, denn gerade dadurch, daß rechtswidrige Maßnahmen getroffen werden, kommt es ja zur Rechtsgutsverletzung.

Wenn also zum Beispiel ein Feldwebel einen Soldaten seines oder eines anderen Zuges mit einem Verweis bestraft, so ist der Tatbestand des § 38 1. Alternative unabhängig davon, daß diese Strafe nichtig ist und daher keinerlei Folgen für den "Bestraften" hat, erfüllt, 4) weil die Funktionen der Truppe in zweifacher Hinsicht gefährdet worden sind:

Die staatliche Autorität leidet durch jede Überbeanspruchung. Wenn ein nicht mit dieser Autorität ausgestatteter Soldat unter Berufung auf sie Strafen verhängt, verliert die rechtsmäßig ausgeübte Autorität an Wirkung. Außerdem wird der Betroffene mit einer Strafe belegt, die nur auf Grund hoheitlicher Gewalt ausgesprochen werdendarf; bei Verhängung durch einen Nichtberechtigten aber einen unzulässigen Eingriff in die Würde und in die Rechte des Einzelnen bedeutet.

Es reicht daher aus, daß der Täter des § 38 eine Disziplinarstrafe tatsächlich verhängt, die nur von einem Disziplinarvorgesetzten ausgesprochen werden durfte. Auf die Auswirkungen, die diese Strafe im Einzelfall gehabt hat, kommt es nicht an, da bereits der Ausspruch der Bestrafung die Funktionsfähigkeit der Truppe beeinträchtigt.

Es kommt weiterhin nicht darauf an, ob der "Bestrafende" dem "Bestraften" vortäuscht, ihm gegenüber Disziplinarstrafgewalt zu besitzen; für die Anmaßung ist nur entscheidend, daß diese Befugnis tatsächlich in Anspruch genommen wird. 5)

---

1) vgl. Baumann S. 9
2) Gösser S. 26
3) vgl. hierzu RMG 11, 134
4) Schreiber § 38 Anm. 4
5) Schäfer § 38 Anm. 2

a) Die Anmaßung der Befugnis, Disziplinarstrafen zu verhängen

(1) Disziplinarstrafen, die nach der WDO zulässig sind

Wie bereits ausgeführt wurde, erfüllt das unbefugte Verhängen an sich zulässiger Disziplinarstrafen den Tatbestand des § 38 1. Altern. selbst dann, wenn die ausgesprochene Strafe keine unmittelbaren Folgen für den bestraften Soldaten hat. Auch der Ausspruch eines Verweises oder eines strengen Verweises stellt daher bereits eine Tatbestandserfüllung dar, wenn dem Täter keine Disziplinargewalt zustand.

Es kommt dabei ausschließlich darauf an, daß das geschützte Rechtsgut, die Funktionsfähigkeit der Truppe, verletzt ist.

(2) Generell unzulässige Bestrafungen

Zum § 120 MStG ist die Ansicht vertreten worden, daß für ein Anmaßen der Disziplinargewalt nur solche Handlungen in Frage kämen, die eine mit Disziplinargewalt ausgestattete Person vornehmen dürfe. 1)

Diese Meinung wurde damit begründet, daß in § 120 MStG die Dienstgewalt als Einrichtung gegen die Anmaßung durch Unbefugte geschützt werden solle. Bei Vornahme einer völlig unzulässigen Handlung werde diese Institution aber nicht gefährdet. Daher greife, wenn eine verhängte Strafe schon ihrer Art nach unzulässig sei und auch von zuständigen Disziplinarvorgesetzten nicht verhängt werden könne, § 120 MStG nicht ein. 2)

Wenn man diese Ansicht auf den § 38 WStG übertragen wollte, wäre das nur unter Verkennung der in § 38 WStG geschützten Interessen möglich. Es ergäbe sich dann folgende Konsequenz:

> Bestraft ein Soldat,ohne Disziplinargewalt zu besitzen, einen anderen Soldaten mit einer Ausgangsbeschränkung von 3 Wochen, so läge § 38 WStG vor; bestraft er ihn aber mit einer Ausgangsbeschränkung von 4 Wochen, so wäre § 38WStG nicht erfüllt, weil eine derartige Strafe auch von einem Disziplinarvorgesetzten nicht verhängt dürfte. 3)

---

1) vgl. Gösser S. 24
RMG 5, 296

2) so auch Rehdans-Dombrowski-Kersten S. 253

3) Entsprechendes gilt bei der Anmaßung der Befehlsbefugnis; vgl. die Beispiele bei Eb. Schmidt S. 1o5

§ 14 WDO sieht in Absatz 2 als Höchstdauer der Ausgangsbeschränkung 3 Wochen vor.

An diesem Beispiel wird deutlich, daß die Ansicht, die bei Vornahme generell unzulässiger Handlungen § 38 WStG verneint, mit der Funktion des § 38 WStG unvereinbar ist. Insbesondere würde eine derartige Auslegung dem notwendigen Schutz des Einzelnen zu wenig Rechnung tragen.

Nach Sinn und Zweck des § 38 ist es für eine Anmaßung daher nicht entscheidend, ob eine an sich zulässige oder eine völlig unzulässige Handlung vorgenommen wird; allein entscheidend ist vielmehr, ob die Stellung des Vorgesetzten und seine Autorität berührt und die Rechte des Untergebenen verletzt werden und damit die Funktionen der Truppe gefährdet sind. In beiden Varianten des oben angeführten Beispiels wird die Funktion der Truppe in gleicher Weise gefährdet; im Fall der generell unzulässigen Bestrafung ist sogar der Angriff auf die Rechte des Einzelnen noch intensiver.

Es ist daher bedeutungslos, ob die Handlung, durch die die Anmaßung manifestiert wird, für einen zuständigen Vorgesetzten erlaubt gewesen wäre oder nicht. 1)

Die abweichende Ansicht zum § 120 MStG beruhte unter anderem auch darauf, daß nach § 120 MStG bestraft wurde, wer unbefugt eine Handlung "vornimmt", die nur kraft einer Strafgewalt vorgenommen werden "darf". Aus der Bedeutung dieses Wortes "darf" im Gegensatz zum Worte "kann" erfuhr diese Auffassung eine gewisse Unterstützung. 2) So schloß LAUERER allein aus diesem Worte, daß die Maßnahmen an sich zulässig sein müßten, da sie ja sonst auch ein zuständiger Vorgesetzter nicht hätte vornehmen dürfen. 3)

Später wurde allerdings dieser Meinung teilweise die Grundlage insofern entzogen, als in der Neufassung des § 120 MStG im Jahre 1940 das Wort "darf" vermieden wurde. 4)

Für die erste Alternative des § 38 WStG ist es somit nicht entscheidend, ob im Fall einer Bestrafung die verhängte Strafe

---

1) vgl. die Begründung zu § 38, BT-Drucksachen 3040, Bd. 47
Arndt S. 238
Dreher § 38 Rdnr. 7
Schäfer § 38 Anm. 2
2) vgl. Gösser S. 24
Eb. Schmidt S. 1o4
Fuhse § 120 Nr. 1
RMG 1, 272
3) Lauerer S. 39
4) vgl. Schwinge § 120 Anm. I

überhaupt zulässig ist; wichtig ist nur, daß sie - unterstellt, sie wäre zulässig - ihrer Natur nach nur von einem Vorgesetzten ausgesprochen werden könnte. 1)

Wenn somit ein Soldat, um das Gesagte zu veranschaulichen, einen Kameraden auf Grund eines vorangegangenen Streites damit "bestraft", daß er ihn zum Wochenendurlaub nicht, wie sonst immer, in seinem Auto an den gemeinsamen Wohnort mitnimmt, so liegt hierin keine Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt, weil die "Bestrafung" nicht unter Bezugnahme auf staatliche Autorität ausgesprochen wird, sondern nur eine Sanktion unter Gleichgestellten verkörpert und ihrer Natur nach kein Vorgesetzten-Untergebenen-Verhältnis voraussetzt. Es fehlt die erforderliche scheinbare Ausübung in Wahrheit nicht bestehender Befugnisse. 2)

(3) Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt durch angemaßte Untersuchungen (Disziplinarstrafentscheidungen)

Wenn Zweifel über die Täterschaft, die Schuld oder das Maß der Strafwürdigkeit eines Soldaten bestehen, hat der zuständige Disziplinarvorgesetzte den Sachverhalt durch schriftliche oder mündliche Verhandlungen aufzuklären (§ 21 a WDO).

Fraglich ist, ob ein Täter, der sich diese Befugnisse anmaßt, ebenfalls unter § 38 1. Altern. fällt. Das wäre dann der Fall, wenn eine unbefugte Ausübung dieser Befugnisse als Anmaßung von Disziplinarstrafgewalt anzusehen wäre.

In der WDO ist die Pflicht des Disziplinarvorgesetzten, vor einer Bestrafung Ermittlungen anzustellen, wenn Zweifel in der oben ausgeführten Art bestehen, in dem Abschnitt "Ausübung der Disziplinargewalt" enthalten. Wenn aus dieser Stellung im Gesetz auch der Schluß abgeleitet werden könnte, daß Ermittlungen zu den Disziplinarbefugnissen gehören und daher bei unbefugter Durchführung nur als Anmaßung von Disziplinargewalt anzusehen sind, so darf doch nicht unberücksichtigt bleiben, ohne an dieser Stelle schon auf das Problem einzugehen, ob auch die Anmaßung von Disziplinargewalt unter den Tatbestand des § 38 fällt, daß die Ermittlungen in so engem Zusammenhang mit einer eventuell nachfolgenden Bestrafung stehen.,

---

1) Dreher § 38 Anm. 7
Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2
2) vgl. Schäfer § 38 Anm. 2

daß bereits ihre Anmaßung einen Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt darstellt.

Da alle für die Strafbemessung bedeutsamen Umstände in diesem Verfahren zu ermitteln sind (§ 21 a Abs. 2 WDO), ist eine Einsicht in die Personalakte sowie eine eingehende Feststellung der persönlichen Verhältnisse des betroffenen Soldaten erforderlich. Diese Ermittlungen stellen bereits einen so weitgehenden Eingriff in die Rechte des Einzelnen dar, daß der Einzelne des Schutzes vor einer unberechtigten Ausübung bedarf.

Auch das unbefugte Anstellen von Ermittlungen zum Zwecke einer nachfolgenden disziplinaren Bestrafung stellt daher eine Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt dar. 1)

Ermittlungen und andere in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Bestrafung stehenden Handlungen, die bereits einen Eingriff in die Rechte des Einzelnen darstellen, sollen in folgenden Disziplinarstrafentscheidungen genannt werden. 2)

b) Die Anmaßung der Befugnis, Urlaub zu erteilen

Die Befugnis, einem Untergebenen Urlaub zu erteilen, steht nur dem Disziplinarvorgesetzten zu und ist daher Bestandteil der Disziplinargewalt.

Stark umstritten ist die Frage, ob in der Anmaßung dieser Befugnis eine Erfüllung des Tatbestandes des § 38 1. Altern. WStG gesehen werden kann.

Eine Auseinandersetzung mit dem Problem, ob § 38 WStG nur den Mißbrauch der unmittelbaren Strafbefugnisse einschließlich der hierauf bezogenen Ermittlungen und sonstigen Verfahrenshandlungen umfaßt oder auch die Anmaßung anderer Befugnisse, die gleichfalls Ausfluß der Disziplinargewalt sind, macht zunächst eine Abgrenzung der Begriffe "Disziplinargewalt" und "Disziplinarstrafgewalt" erforderlich. Bezüglich dieser Begriffe herrscht eine gewisse Unklarheit. Während der Gesetzgeber

---

1) So auch im Ergebnis Dietz, WDStO S. 216

2) Dietz unterscheidet die Befugnis, Disziplinarstrafen zu verhängen von der Befugnis, Disziplinarstrafentscheidungen zu treffen. Obwohl er den Begriff "Disziplinarstrafentscheidung" nicht näher definiert, ergibt sich doch aus dem Zusammenhang seiner Ausführungen, daß er unter Disziplinarstrafentscheidungen die Maßnahmen versteht, die von einem Vorgesetzten in einem Disziplinarverfahren getroffen werdenund einer Bestrafung vorausgehen oder im Zusammenhang mit ihr stehen; also Vernehmungen und sonstige Ermittlungen. (Dietz, WDStO S. 216)

in § 38 nur den Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt nennt, wird nämlich in den Kommentierungen zu den §§ 38, 39 WStG gelegentlich auch vom Mißbrauch der "Disziplinargewalt" gesprochen, 1) ohne daß die Begriffe eindeutig geklärt werden.

Eine derartige Ungenauigkeit in der Terminologie, wenn dem Ausdruck "Disziplinarvorgesetzter" entsprechend "Disziplinargewalt" gleichbedeutend mit "Disziplinarstrafgewalt" gebraucht wird, 2) ist einem Verständnis der §§ 38, 39 wenig dienlich.

Ob in § 38 unter dem Begriff "Disziplinarstrafgewalt" alle Befugnisse des Disziplinarvorgesetzten erfaßt sind oder ob nur die Anmaßung der Befugnis, Strafen zu verhängen, bestraft werden soll, läßt sich nur nach Klärung der Begriffe und einer Überprüfung, ob sich diese festgelegten Begriffe mit den vom Gesetzgeber verwandten decken, beantworten.

Für die Abgrenzung bietet sich zunächst die gesetzliche Regelung des § 16 Absatz 1 WDO an:

> "Die Befugnis, Disziplinarstrafen zu verhängen und die sonst den Disziplinarvorgesetzten obliegenden Entscheidungen und Maßnahmen zu treffen (Disziplinargewalt), haben die Offiziere, denen sie nach diesem Gesetz zusteht, und deren truppendienstliche Vorgesetzte, sowie die Vorgesetzten in vergleichbaren Dienststellungen, denen sie durch den Bundesminister der Verteidigung zur Erfüllung besonderer Aufgaben verliehen wird. Oberster Disziplinarvorgesetzter ist der Bundesminister der Verteidigung."

Aus dieser Formulierung des Gesetzes wird zum Teil der Schluß gezogen, daß die Disziplinargewalt neben der Befugnis, Anerkennungen zu erteilen und Disziplinarstrafen zu verhängen, auch die Befugnis umfaßt, alle sonstigen, dem Disziplinarvorgesetzten erlaubten Maßnahmen zu treffen. 3) Ein der-

---

1) vgl. Pfleiderer § 38 Anmerkung 1
Rittau § 38 Anmerkung 7
Kohlhaas, bei Erbs § 38 Anmerkung 2

2) vgl. Dietz S. 214

3) Rittau § 39 Anmerkung 2
Faust S. 94

artiges Verständnis dieses Begriffs ist nicht neu, sondern entspricht dem bereits in der früheren Wehrmacht vorhandenen. In einer amtlichen Bekanntgabe des Oberkommandos der Wehrmacht aus dem Jahre 1940 heißt es nämlich:

> "Disziplinarbefugnisse sind die sonstigen Befugnisse, die dem Disziplinarvorgesetzten neben seiner Strafgewalt gewährt werden, zum Beispiel das Recht der Entscheidung über Beförderungen, die Ernennungen, Versetzung und Beurlaubung der Untergebenen. Ihr Umfang richtet sich, wenn nicht ausdrücklich anders bestimmt ist, nach dem Umfang der zuständigen Strafgewalt."1)

Nach dieser Darstellung ist die Disziplinarstrafgewalt zwar Bestandteil der Disziplinargewalt, wenn sich aber der Umfang der Disziplinargewalt nach dem Umfang der zustehenden Strafgewalt richten soll, könnte der Gesetzgeber, wenn er die Bekanntgabe des OKH vor Augen gehabt hätte, auch wenn er von Disziplinarstrafgewalt spricht, alle mit der Strafgewalt korrespondierenden übrigen Befugnisse des Disziplinarvorgesetzten eingeschlossen haben. Zwar wäre eine derartige Verwendung des Begriffs "Disziplinarstrafgewalt" mißverständlich, aber derartige unpräzise Verwendungen des Begriffs sind nicht selten. So definiert, um ein Beispiel zu nennen, SCHREIBER:

> "Disziplinarvorgesetzter eines Soldaten ist ein Soldat, der Disziplinarstrafgewalt über ihn hat, ferner der Bundesminister der Verteidigung. 2)

Wenn eine derartige Verwendung der Begriffe auch nicht falsch ist, so wird dennoch die Betonung zu sehr auf Strafgewalt gelegt, so daß der Eindruck entstehen kann, die Disziplinargewalt sei mit der Disziplinarstrafgewalt identisch. Die Gefahr liegt darin, daß bei einer solchen Darstellung die übrigen, sich aus der Disziplinarvorgesetzteneigenschaft ableitenden Befugnisse übersehen werden.

Diese weiteren, neben der Strafgewalt den Inhalt der Disziplinar-

---

1) OKH vom 14. 4. 1940, Heeresmitteilungen Nr. 480, I, 2
2) Schreiber, Befehlsbefugnis S. 20

gewalt bildenden Befugnisse, wie die Pflicht, Dienstzeugnisse zu erteilen, Urlaub zu gewähren, den Dienstplan festzulegen usw. haben eine ebenso große Bedeutung wie die Strafbefugnisse. 1) Auch die Formulierung, daß die Disziplinargewalt regelmäßig der Befehlsgewalt folge, 2) ist in dieser allgemeinen Form mißverständlich. Befehlsgewalt hat jeder Vorgesetzte; erst dieses Recht macht ihn zum Vorgesetzten. Disziplinargewalt steht aber nur einer bestimmten Gruppe von Vorgesetzten, nämlich den Disziplinarvorgesetzten, zu.

Um Unklarheiten zu vermeiden, sollen die Begriffe "Disziplinargewalt" und "Disziplinarstrafgewalt" im folgenden stets mit der Bedeutung gebraucht werden:

"Disziplinargewalt" = das Recht, sämtliche Befugnisse des Disziplinarvorgesetzten auszuüben,

"Disziplinarstrafgewalt" = das Recht, Disziplinarstrafen zu verhängen.

Bei dieser Unterscheidung in "Disziplinargewalt" als umfassenden Begriff für alle dem Disziplinarvorgesetzten zustehenden Befugnisse und "Disziplinarstrafgewalt" ausschließlich als die Befugnis, Disziplinarstrafen zu verhängen - also als Bestandteil der Disziplinargewalt 3) -, werden Mißverständnisse weitgehend vermieden. Es kann daher zum Beispiel in dem Fall, daß einem Disziplinarvorgesetzten das Recht, Disziplinarstrafen zu verhängen, entzogen werden sollte, nicht zu Schwierigkeiten kommen. Würde man in diesem Fall die Begriffe als identisch verwenden, so ergäbe sich, daß mit der Entziehung der Disziplinarstrafgewalt dem Vorgesetzten scheinbar die gesamte Disziplinargewalt genommen wäre, während ihm aber tatsächlich in einem solchen Fall alle übrigen Befugnisse erhalten bleiben. 4)

Mit der vorausgegangenen Abgrenzung der Begriffe ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob der Gesetzgeber in § 38 WStG den Begriff "Disziplinarstrafgewalt" exakt im oben erläuterten Sinn verwandt hat und daher ausschließlich die unbefugte Verhän-

---

1) vgl. Dietz S. 214
2) Dietz S. 40
3) vgl. Arndt S. 240
4) vgl. Dietz S. 214

gung von Disziplinarstraftaten 1) unter Strafe stellen wollte.

Wenn der Gesetzgeber des Wehrstrafgesetzes bewußt den Begriff "Disziplinarstrafgewalt" im Gegensatz zu dem in der Wehrdisziplinarordnung (§ 16 Abs. 1 WDO) definierten Begriff "Disziplinargewalt" gebraucht hätte, würde das bedeuten, daß nur das mißbräuchliche Verhänden von Disziplinarstrafen geahndet werden soll. 2)

Für eine derartige Verwendung des Begriffes "Disziplinarstrafgewalt"ließe sich anführen, daß der Begriff der Disziplinargewalt, wie er in der WDO dargestellt ist, nicht neu ist, sondern bereits in der Wehrmacht in gleicher Weise interpretiert wurde und daher bei der Wortwahl für die Fassung des § 38 WStG durchaus berücksichtigt werden konnte.

Gegen die Auffassung, daß mit § 38 1. Altern. nur die Anmaßung von Strafbefugnissen unter Strafe gestellt ist, könnte die Fassung des § 39 WStG sprechen. § 39 stellt in Absatz 1 Nr. 4 die Ahndung von Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen unter Strafe. Das könnte zwar zu dem Schluß verleiten, daß mit § 39 WStG auch der Mißbrauch von Disziplinargewalt bestraft werden soll, obwohl für § 39 in der Regel die Überschrift "Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt" gebraucht wird. 3)

Das Recht, Maßnahmen zu verhängen, ist nämlich nicht Ausfluß der Disziplinarstrafgewalt, sondern der Disziplinargewalt, da Maßnahmen nicht unbedingt Strafen zu sein brauchen. Wenn man diesen Schluß zieht und weiter berücksichtigt, daß die Vorschrift des § 38 allgemeiner gefaßt und gegenüber § 39 subsidär ist, weil § 39 nur die schweren Mißbrauchsfälle erfaßt, würde eine systematische Auslegung des § 38 ergeben, daß diese Bestimmung auch den Mißbrauch der Disziplinargewalt allgemein unter Strafe stellt.

Eine derartige Auslegung berücksichtigt aber nicht, daß § 39 Abs. 1 Nr. 4 sich nur - wie noch später ausführlicher darzulegen ist - auf Maßnahmen bezieht, die"zwecks Ahndung" verhängt werden, 4) die also die Zufügung eines Übels zur Vergeltung eines Dienstvergehens darstellen. Diese Maßnahmen sind daher materiell Strafen, und insofern erfaßt § 39 Abs. 1

---

1) Eingeschlossen sind die unbefugt vorgenommenen, auf eine Bestrafung gerichteten Verfahrenshandlungen
2) Diese Meinung vertritt Schreiber § 38 Anm. 3
3) vgl. für viele die Gesetzessammlung "Deutsche Gesetze", begründet von Heinrich Schönfelder
4) Schäfer § 39 Anm. 6

Nr. 4 also auch nur die mißbräuchliche Verhängung von Strafen - den Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt.

Gegen eine Ausdehnung der Vorschrift des § 38 1. Altern, auf den Mißbrauch der Disziplinargewalt schlechthin spricht weiterhin die Wortwahl des Gesetzgebers, denn es können nicht Befugnisse, die neben der Strafbefugnis Ausfluß der Disziplinargewalt sind, 1) wie das Recht, Urlaub zu erteilen, unter den Begriff "Disziplinarstrafgewalt" fallen.

Auch eine Berücksichtigung der Vorschriften der §§ 118, 12o des früheren MStG, in denen schon die Begriffe "Strafgewalt" und "Strafbefugnis" verwandt worden sind, deutet ausschließlich darauf hin, daß der Gesetzgeber bewußt nur den Mißbrauch der Strafbefugnisse in § 38 ahnden wollte.

Allerdings ist die denkbare Deutung, daß der Gesetzgeber die Disziplinargewalt durch den Umfang der Disziplinarstrafgewalt als begrenzt ansah und damit bei der Verwendung des Begriffs "Disziplinarstrafgewalt" nur den Umfang der Disziplinargewalt bezeichnen wollte, 2) geeignet, auch bei Berücksichtigung der bisherigen Darlegungen Zweifel daran bestehen zu lassen, ob nicht doch eine Ausweitung des Tatbestandes des § 38 a. Altern. auf die Fälle der Anmaßung von Disziplinarbefugnissen möglich ist.

Eine endgültige Klärung der Frage läßt sich nur dann erreichen, wenn § 38 teleologisch ausgelegt wird.

Einen Anhaltspunkt für eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Vorschrift bildet hierbei die Absicht des historischen Gesetzgebers. In der Begründung des Entwurfes eines WStG heißt es zu § 38:

> "Der Entwurf einer WDO sieht in den §§ 2 - 5 neben der Strafgewalt auch die Befugnis vor, Anerkennungen zu erteilen. Ein Anmaßen dieser Befugnis kann jedoch disziplinar ausreichend geahndet werden." 3)

---

1) vgl. die Begründung des Entwurfs eines WStG BT-drucksachen 3040 Bd. 47

2) vgl. hierzu OKH in Heeresmitteilungen Nr. 480 I 2, das den Umfang der Disziplinargewalt grundsätzlich nach dem Umfang der zuständigen Strafgewalt bestimmt.

3) Bundestagsdrucksachen 3040 Bd. 47

Selbst wenn hiermit nicht eindeutig Stellung genommen worden ist, so sind diese Ausführungen doch aufschlußreich. Sie zeigen, daß der Gesetzgeber die Begriffe "Disziplinargewalt" und "Strafgewalt" durchaus unterschieden hat und nicht die Anmaßung der Disziplinarbefugnisse schlechthin unter Strafe stellen wollte, sondern eine Beschränkung der Strafdrohung des § 38 auf die Fälle der Anmaßung von Strafbefugnissen beabsichtigt hat. Eine gerichtliche Verfolgung im Falle einer Anmaßung der neben der Strafgewalt den Inhalt der Disziplinargewalt bildenden Befugnisse hielt er für entbehrlich und verwies hinsichtlich einer Anmaßung dieser Befugnisse auf eine disziplinare Ahndung.

Die Berücksichtigung dieser Absicht des Gesetzgebers allein reicht zwar für eine teleologische Auslegung der Vorschrift noch nicht aus; sie ist jedoch als wichtiger Anhaltspunkt zu werten. Maßgeblich ist letztlich die Gegenwartsfunktion des Gesetzes, diese ist aber unabhängig von den Motiven des Gesetzgebers.

Nach der überwiegend vertretenen objektiven Auslegungstheorie hat die Auslegung nach Sinn und Zweck des Gesetzes unter dem Gesichtspunkt zu erfolgen, welches Rechtsgut durch die Norm geschützt werden soll. Außerdem ist die Auslegung unter Berücksichtigung der in der Gesamtrechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertordnung vorzunehmen; die Auslegung muß also konform mit den Zielen der Verfassung gehen. 1)

Das in § 38 WStG geschützte Rechtsgut ist die Funktionsfähigkeit der Truppe. Diese wird durch jede Gefährdung des Vertrauens der Untergebenen in die militärische Gerechtigkeit und Ordnung beeinträchtigt. Daher wird durch die unerlaubte Erteilung von Urlaub in ähnlicher Weise die Funktionsfähigkeit der Truppe betroffen wie durch ein unrechtmäßiges Verhängen von Strafen. Allerdings ist der Eingriff weniger intensiv, denn der Schutz der Funktionsfähigkeit der Truppe schließt den Schutz des Einzelnen ein. Eine unberechtigte Erteilung von Urlaub verletzt jedoch die Rechte des Einzelnen in keiner Weise. Durch eine unberechtigte Erteilung von Urlaub wird daher die Funktionsfühigkeit der Truppe nur insofern berührt, als die militärische Ordnung und damit in schwereren Fällen unter Umständen die Schlagkraft der Truppe beeinträchtigt wird.

---

1) vgl. BVerfGE 2, 266; 1, 312; 11,126
BGHSt 1, 76; 10, 159
Baumann AT S. 129 m. w. N.

Hervorragendstes Mittel, die soldatische Ordnung zu schützen beziehungsweise wiederherzustellen, ist die Disziplinargewalt, ja hierin liegt sogar die eigentliche Aufgabe. Wenn somit ein Tätersich Disziplinarbefugnisse anmaßt, ohne damit die Rechte eines Einzelnen zu verletzen, ist die disziplinare Ahndung das geeignete Mittel, die Funktionsfähigkeit der Truppe zu schützen. 1)

Für die gravierenden Fälle der Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Truppe, die unzulässigen Bestrafungen, ist dann zusätzlich zur Möglichkeit der disziplinaren Ahndung auch die Möglichkeit einer Bestrafung nach dem Wehrstrafgesetz gegeben.

Mit dieser Auffassung steht nicht im Widerspruch, daß in der ersten Beratung des Entwurfs eines Wehrstrafgesetzes der damalige Bundesminister der Justiz Dr. von Meerkatz im Bundestag am 6. 2. 1957 zum Ausdruck gebracht hat, daß in dem ausgedehnten Abschnitt über die Straftaten der Vorgesetzten im Entwurf des Wehrstrafgesetzes jeder schwerwiegende Mißbrauch der Rechte eines Vorgesetzten unter Strafe gestellt werden solle. 2)

Abgesehen davon, daß diese Äußerung ohnehin nicht den Willen des Gesetzgebers verkörpert, stellt sie klar, daß allein der schwerwiegende Mißbrauch von Befugnissen bestraft werden soll.

Einen schweren, Strafe verdienenden Eingriff in die Funktionsfähigkeit der Truppe enthält die Anmaßung von Disziplinargewalt aber erst, wenn sie sich auf die Disziplinarstrafgewalt erstreckt.

Ein Zugführer im Dienstgrad eines Feldwebels zum Beispiel beeinträchtigt mit der unberechtigten Erteilung von Urlaub nicht in so starkem Maße die Funktionsfähigkeit der Truppe wie durch die unberechtigte Verhängung einer Strafe. Zwar stört er auch durch die Anmaßung der Befugnis, Urlaub zu erteilen, das Vertrauen der Untergebenen in die Rechtmäßigkeit des Handelns militärischer Vorgesetzter und beeinträchtigt die militärische Ordnung, aber der Verstoß ist nicht so schwerwiegend, als wenn der Täter durch eine Bestrafung zusätzlich auch noch die Rechte Einzelner und damit die Funktionsfähigkeit der Truppe

---

1) Bei der Anmaßung von Ermittlungen zu dem Zweck, anschließend eventuell eine disziplinare Bestrafung vorzunehmen, sind die Rechte des Einzelnen verletzt; daher läßt sich mit dieser Begründung auch dann eine Strafbarkeit bejahen, wenn man die Vornahme von Ermittlungen nicht als Ausübung von Strafbefugnissen ansehen würde.

2) BT-Drucksachen 10851 C, Bd. 35, sten. Berichte zur 190. Sitzung des BT, 2. Wahlperiode.

in ungleich größerem Ausmaß verletzt hätte. 1)

Aus einer Betrachtung des geschützten Rechtsgutes, das unter anderem unter Berücksichtigung der Wertordnung des Grundgesetzes ermittelt wurde, ergibt sich somit, daß der Begriff "Disziplinarstrafgewalt" in § 38 WStG eng auszulegen ist und nicht mit dem Begriff "Disziplinargewalt" im Sinne des § 16 WDO gleichgesetzt werden darf.

Die Vorschrift des § 38 1. Altern. WStG erfaßt daher nur die Fälle der Anmaßung von Strafbefugnissen. 2) Mit dieser Ablehnung einer extensiven Auslegung des § 38 WStG ist somit nicht der von dem damaligen Justizminister Dr. von Meerkatz - möglicherweise der Intention des historischen Gesetzgebers entsprechenden - Forderung Abbruch getan, daß mit dem Wehrstrafgesetz jeder schwerwiegende Mißbrauch der Rechte eines Vorgesetzten unter Strafe gestellt werden solle; außerdem erfolgt in der Regel eine Anmaßung von Disziplinarbefugnissen im Befehlswege, so daß in derartigen Fällen eine Anmaßung von Befehlsbefugnissen vorliegt, die ebenfalls unter § 38 WStG fällt. 3) Auch durch die restriktive Auslegung des § 38 kommt es daher zu keiner unvertretbaren Lücke im Wehrstrafgesetz.

Die Möglichkeit, die Anmaßung von Disziplinarbefugnissen als Anmaßung von Befehlsbefugnissen strafrechtlich zu ahnden, ist allerdings nicht in jedem Fall gegeben, wie sich gerade bei der unzulässigen Urlaubserteilung zeigt.

Interessant ist in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des Landgerichts Traunstein. 4) Dieser Entscheidung lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

---

1) vgl. hierzu die amtl. Begr. zu § 38 WStG (BT-Drucksachen 3040, Bd. 47). Die amtl. Begr. sieht sogar den Schutz des Untergebenen als im Vordergrund stehend an, während er hier nur als vom Schutz der Funktionsfähigkeit der Truppe mitumfaßt angesehen wird.

2) so auch Dreher § 38 Anm. I
vgl. die von Dreher zu Sinn und Zweck des § 38 WStG aufgestellte Kurzformel: "Niemand darf ungestraft ohne Befugnis befehlen oder bestrafen."

3) Zum Beispiel ist bei einer Anordnung von Erzieherischen Maßnahmen stets ein Befehl gegeben.
vgl. den vom Wehrbeauftragten im Jahresbericht 1962 S. 9 mitgeteilten Fall.

4) LG Traunstein in NZW 1960, 86

Ein Leutnant in der Dienststellung eines Zugführers, dem folglich keine Disziplinargewalt zustand, machte an einem Samstag mit einem zu seinem Zuge gehörenden Soldaten einen Ausflug in die benachbarte Stadt M. Da dem Soldaten nur Nachturlaub bis 24 Uhr gewährt worden war, beabsichtigte er, rechtzeitig die Rückfahrt zum Standort anzutreten. Der Leutnant veranlaßte seinen Untergebenen später jedoch, die Rückfahrt aufzuschieben und noch länger mit ihm in M zu bleiben. Auf Grund dessen kehrte der Soldat erst gegen 4.3o Uhr mit dem Leutnant in die Kaserne zurück.

Während der Rückfahrt forderte der Leutnant seinen Untergebenen auf, seine verspätete Rückkehr mit einer Autopanne zu entschuldigen. Als der Soldat dieser Aufforderung nicht nachkam, stellte ihm der Leutnant im Laufe des Sonntags einen zurückdatierten Urlaubsschein aus, obwohl der direkte Disziplinarvorgesetzte, nämlich der Kompaniechef, der erst am folgenden Montag seinen Urlaub antreten wollte, noch erreichbar war.

In der Verhandlung vor dem Amtsgericht ließ sich der angeklagte Leutnant dahin ein, er habe sich schon ab Samstagnachmittag als Vertreter des Kompaniechefs betrachtet und sich daher für berechtigt gehalten, Disziplinarbefugnisse auszuüben. Das Amtsgericht sah diese Einlassung des Angeklagten als widerlegt an und verurteilte ihn unter anderem wegen Anmaßung von Befehlsbefugnissen gemäß § 38 WStG.

Das Landgericht Traunstein bestätigte insoweit das Urteil des Amtsgerichts und führte in den Gründen zu § 38 aus:

> "Mit Recht ist der Angeklagte auch wegen eines Vergehens des Anmaßens von Befehlsbefugnissen nach § 38 verurteilt worden. Obwohl er sich darüber im klaren war, daß er als Leutnant und Zugführer, dem die Kompanie noch nicht übergeben war, keine Berechtigung hatte, Urlaub zu bewilligen, daß diese Befugnis vielmehr zu dieser Zeit noch dem Kompaniechef zustand, maßte er sich das Recht des Disziplinarvorgesetzten insofern an, als er dem Zeugen C. Urlaub bewilligte, und einen entsprechenden Urlaubsschein ausstellte."

Diese Entscheidung ist Gegenstand der Kritik geworden.1) Es wurde zunächst mit Recht beanstandet, daß die Erteilung von Urlaub durch den unzuständigen Zugführer als Anmaßung von

---

1) vgl. Scherer in NZW 1960, 86 ff,
Schreiber § 38 Anm. 3

Befehlsbefugnissen bezeichnet wurde.

Daß eine Urlaubserteilung kein Befehl sein kann, ergibt sich bereits aus der gesetzlichen Definition des Befehls im § 2 Nr. 2 WStG. Danach ist der militärische Befehl eine Anweisung zu einem bestimmten Verhalten, die von einem militärischen Vorgesetzten einem Untergebenen schriftlich, mündlich oder auf andere Weise, allgemein oder für den Einzelfall mit dem Anspruch auf Gehorsam erteilt wird.

Unter dem Begriff "Verhalten", zu dem der Untergebene angewiesen wird, ist dabei ein Handeln mit einem bestimmten Ziel - dann Gebot - oder auch ein Unterlassen - dann Verbot - zu verstehen. 1) Die Einräumung der Möglichkeit, Urlaub zu nehmen, ist in diesem Sinne weder ein Gebot noch ein Verbot, denn es steht dem Untergebenen völlig frei, ob er das ihm eingeräumte Recht, zum Beispiel auf Nachturlaub, ausnutzt. Somit kann in dem Fall, den das Landgericht Traunstein zu beurteilen hatte, nicht von einer Anmaßung von Befehlsbefugnissen gesprochen werden, da Befehlsbefugnis nur durch Erteilung eines Befehls ausgeübt werden kann und die Urlaubserteilung gegenüber dem Untergebenen durch den Angeklagten keinen Befehl darstellte.

Dieser Subsumtionsfehler ist häufig anzutreffen. So sah auch das Reichsmilitärgericht die Anmaßung einer Befehlsbefugnis darin, daß ein Eskadronchef seinen Untergebenen Ernteurlaub erteilt hatte, ohne daß der Regimentskommandeur seine Befugnis zur Erteilung solchen Urlaubs auf ihn übertragen hatte. 2) Selbst in der Literatur wird gelegentlich die Meinung vertreten, daß zur Befehlsbefugnis neben dem Recht, Auszeichnungen zu verleihen, Beförderungen auszusprechen oder Genehmigungen zu erteilen, auch das Recht gehöre, Soldaten zu beurlauben. 3) SCHWINGE führt sogar ausgerechnet als Beispiel für das Anmaßen einer Befehlsbefugnis den Fall an, daß ein Unteroffizier, unter dem Versprechen, er werde "die Sache mit dem UvD schon schaukeln", zwei Soldaten (Untergebene) ohne Urlaub "verschwinden" läßt. 4)

---

1) vgl. BMVtdg in Heft 6 "Innere Führung" 1967 S. 19
2) RMG 16, 22
   vgl. auch RMG 19, 270
3) vgl. Arndt S. 239
4) Schwinge § 120 Anm. II, 2

Schon in dieser Hinsicht ist die Kritik an dem Urteil des Landgerichts Traunstein durchaus verdienstvoll, wenn sie diese Ungenauigkeit in der Terminologie beanstandet. Aber auch im Hinblick auf die Anwendung des § 38 wird das Urteil zu Recht angegriffen. In seiner Anmerkung zu dem Urteil führt SCHERER aus, daß das Gericht überhaupt zu Unrecht die Vorschrift des § 38 angewandt habe. Es könne dahingestellt bleiben, ob das Recht, Urlaub zu erteilen, Inhalt der Disziplinargewalt sei. 1) Entscheidend sei auf jeden Fall, daß der Tatbestand des § 38 WStG eindeutig nur das Anmaßen von Befehlsbefugnissen oder Disziplinarstrafgewalt unter Strafe stelle. 2) Insofern spiele es nicht einmal eine Rolle, daß das Recht zur Erteilung von Urlaub nicht Ausfluß der Disziplinargewalt sei. 3)

Daß die Urlaubserteilung kein Befehl ist, wurde bereits erörtert; daß sie keine Strafe ist, erscheint selbstverständlich; daß sie aber nach Scherer auch nicht Bestandteil der Disziplinargewalt sein soll, bedarf einer Entgegnung. Es wird hier anscheinend die Bestimmung des § 16 WDO übersehen. Danach ist die Disziplinargewalt an die Dienststellung gebunden (§ 16 Absatz 2 Satz 1 WDO). Wenn die Disziplinargewalt alle Befugnisse erfassen soll, die sich auf Grund der Dienststellung als Disziplinarvorgesetzter ergeben, dann muß die Disziplinargewalt auch das an die Dienststellung gebundene Recht, Urlaub zu gewähren, einschließen. Somit lag in dem Fall, den das Landgericht Traunstein zu beurteilen hatte, tatsächlich eine Anmaßung der Disziplinargewalt vor. Wenn man daher auch nicht mit SCHERER übereinstimmen kann, soweit er eine Anmaßung der Disziplinargewalt verneint, so muß man ihm doch darin beipflichten, daß keine Strafbarkeit gemäß § 38 WStG vorlag, weil es an einer Anmaßung von Strafbefugnissen fehlte und nur eine solche den Tatbestand des § 38 1. Altern. erfüllt hätte. 4)

---

1) Nach Meinung Scherers läßt sich sogar die Auffassung vertreten, daß die Regelung in NR. 4 b der Ausführungsbestimmungen zur Soldatenurlaubsverordnung (VMBl. 1957, S. 353; 1958, S. 223 und S. 615) nur die Zuständigkeit unter Anknüpfung an die Dienststellung des nächsten Vorgesetzten bestimme, ohne den Umfang der Disziplinargewalt zu verändern (Scherer in NZW 1960, S. 86 f).

2) vgl. auch Schreiber § 38 Anm. 3

3) Scherer in NZW 1960, S. 86 ff

4) vgl. RMG 19, 270
a. A. Schäfer § 38 Anm. 2
Mit seiner Anmerkung zu § 38 erweckt Schäfer den Eindruck, als verstehe er die Anmaßungen von Disziplinarstrafgewalt oder Befehlsbefugnis in § 38 nur als Beispiele für Handlungen, die eine Anmaßung nicht zustehender Befugnisse manifestieren.

c) Die Anmaßung der Befugnis, Anerkennungen zu erteilen

In gleicher Weise wie bei unrechtmäßigen Urlaubserteilungen besteht Streit darüber, ob die Anmaßung der Befugnis, Belobigungen beziehungsweise Anerkennungen zu erteilen, unter § 38 WStG fällt.

Während zum Teil auch bei einer derartigen Anmaßung der Tatbestand des § 38 als erfüllt angesehen wird, 1) lehnt ein Teil der Literatur die Anwendbarkeit des § 38 ab. 2) Zur Begründung der ablehnenden Ansicht wird jedoch anders als bei der Frage der unberechtigten Urlaubserteilung darauf abgestellt, daß die Zuständigkeit für die Erteilung von Anerkennungen losgelöst von der Befehlsbefugnis oder Disziplinarstrafgewalt gesondert in § 3 WDO geregelt sei. 3)

Diese Begründung ist jedoch nicht völlig überzeugend. Zwar ist die Zuständigkeit zum Erteilen von Anerkennungen im ersten Teil der WDO unter der Überschrift "Würdigung besonderer Leistungen durch Anerkennungen" geregelt, während die Zuständigkeiten zur Verhängung von Strafen im zweiten Teil der WDO unter der Überschrift "Ahndung von Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen"enthalten sind, aber von hier aus läßt sich dieser Schluß nicht ausreichend begründen, denn die Gliederung der WDO ist zu wenig exakt, wie das folgende Beispiel zeigt, als daß aus ihr allein solche Folgerungen gezogen werden könnten. Im zweiten Abschnitt des zweiten Teils der WDO wird die Disziplinargewalt der Disziplinarvorgesetzten und ihre Ausübung geregelt. Diese Bestimmungen stehen aber unter dem Obertitel des zweiten Teils der WDO "Ahndung von Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen". In § 42 dieses Abschnitts heißt es dann:

> "Förmliche Anerkennung sind alsbald so, wie sie erteilt worden sind, ... in die Disziplinarbücher einzutragen."

Der Gesetzgeber hat somit unter dem Titel "Ahndung von Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen" beziehungsweise "Die Disziplinargewalt der Disziplinarvorgesetzten und ihre Ausübung" auch Vorschriften erfaßt, die sich auf die Erteilung von Anerkennungen beziehen.

---

1) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2
wohl auch Schäfer § 38 Anm. 2
2) Dreher § 38 Anm. 6
3) Dreher § 38 Anm. 6

Die oben angeführte Begründung ist aber auch in anderer Beziehung nicht ausreichend. Sie ist zu formalistisch, denn die Befugnis, Anerkennungen zu erteilen, kann nicht auf Grund der Gliederung eines Gesetzes, die zudem noch wenig systematisch ist, von der Disziplinargewalt abgespalten werden. Sie ist, wie sich aus der Bestimmung des § 16 WDO ergibt, eindeutig Ausfluß der Disziplinargewalt.

Dennoch ist die Auffassung, daß die Anmaßung der Befugnis Anerkennungen zu erteilen, nicht unter § 38 1. Altern. falle, richtig. Zur Begründung dieser Ansicht kann in vollem Umfang auf das zurückgegriffen werden, was bereits zu der Anmaßung der Befugnis, Urlaub zu erteilen, ausgeführt worden ist.

Durch das unberechtigte Erteilen von Anerkennungen wird die Funktionsfähigkeit der Truppe nicht so stark beeinträchtigt, daß eine strafrechtliche Sanktion erforderlich wäre. Die Rechte des Einzelnen werden von einer derartigen Anmaßung genauso wenig betroffen, wie von einer unberechtigten Urlaubserteilung.

Da die Strafdrohung des § 38 1. Altern. nur auf die unberechtigte Verhängung von Disziplinarstrafen und Disziplinarstrafentscheidungen 1) beschränkt ist, fallen somit die Fälle der Anmaßung der übrigen, neben der Strafgewalt den Inhalt der Disziplinargewalt bildenden Befugnisse, nicht unter § 38 WStG, es sei denn, es handele sich um Befehlsbefugnisse.

Wenn Kohlhaas zu einem anderen Ergebnis kommt, 2) so erreicht er das dadurch, daß er davon ausgeht, daß alle Disziplinarbefugnisse unter den Begriff "Disziplinarstrafgewalt" fallen, 3) beziehungsweise dadurch, daß er - unter Verzicht auf eine Klärung und Abgrenzung der Begriffe - "Disziplinarstrafgewalt" und "Disziplinargewalt" gleichsetzt. 4)

Eine derartige Verwendung der Begriffe ist jedoch nicht zulässig, da der eine Begriff - wie bereits ausgeführt wurde - den Oberbegriff des anderen darstellt.

Zwar bedarf es für die Befugnis, Auszeichnungen und Anerkennungen zu erteilen, einer Strafgewalt, aber dieses Erfordernis

---

1) vgl. Dietz, WDStO S. 216
2) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2
   Kohlhaas Kommentar, § 38 Anm. 2
3) Kohlhaas Komm., § 38 Anm. 6
4) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2

besteht nur deshalb, weil die Strafgewalt Bestandteil der Disziplinargewalt ist und für die Ausübung von Disziplinarbefugnissen ebenfalls Disziplinargewalt gegeben sein muß. Die Erteilung einer Anerkennung stellt aber keine Ausübung der Strafbefugnis dar, sondern - und darauf kommt es ausschließlich an - eine Ausübung anderer Befugnisse, die wie die Strafgewalt Ausfluß der Disziplinargewalt sind. 1)

Insofern setzt KOHLHAAS die Akzente falsch und kommt daher zu seiner abweichenden Auffassung.

Die exakte Trennung der Begriffe "Disziplinargewalt" und "Disziplinarstrafgewalt" hat zwar allgemein keine große praktische Bedeutung, für die Auslegung des § 38 1. Altern. WStG ist sie aber maßgeblich.

Dennoch fehlt es häufig an dieser präzisen terminologischen Unterscheidung. Auch Richter verkennen die Bedeutung der einzelnen Begriffe, und gelegentlich führt eine derartige fehlende Kenntnis der Begriffe des Wehrdisziplinarrechts sogar dazu, daß der Tatbestand des § 38 WStG, obwohl er einwandfrei vorliegt, übersehen wird. Als Beispiel hierfür möge ein Urteil des Schöffengerichts Hannover vom 25.4.1960 2) dienen.

Das Gericht hatte über den Fall zu entscheiden, daß ein Leutnant eigenmächtig den vom Disziplinarvorgesetzten angesetzten Dienst abgeändert hatte. Vom Kompaniechef war Gefechtsausbildung - Hinlegen, Aufstehen und Sprung - angesetzt worden. Der Angeklagte befahl jedoch wegen dienstlicher Nachlässigkeit (am 15. Oktober!) seinen Untergebenen, einen ca. 1,50 m tiefen Teich in voller Ausrüstung zu durchwaten.

Das Gericht bemerkte hierzu völlig richtig, daß das, was dem Soldaten im Dienst abverlangt werden dürfe, ausschließlich vom zuständigen Kompaniechef zu entscheiden sei. Außerdem ergebe sich aus der WDO, daß Verschärfungen des Dienstes, die als "disziplinarische Maßnahme" aufgefaßt werden könnten, nur der Kompaniechef als Disziplinarvorgesetzter anordnen könne. 3)

---

1) Bei diesen Ausführungen wurde auf eine exakte Definition und Trennung der Begriffe "Strafbefugnis" und "Strafgewalt" kein Wert gelegt, da die Problematik, die im früheren MStG auf Grund der verschiedenen Verwendung der Begriffe im § 118 und § 120 bestand, (vgl. Gösser S. 25) vom Gesetzgeber dadurch ausgeräumt wurde, daß er im WStG nur den Begriff "Disziplinarstrafgewalt" gebrauchte.

2) Az. 2 Ms. 4/60

3) vgl. auch v. Mitzlaff § 21 WDO Anmerkung 3e: "Soweit nämlich für "erzieherische Maßnahmen" der Dienstplan geändert oder überschritten wird, ist nur der nächste Disziplinarvorgesetzte befugt."

Diese Feststellungen wurden jedoch nur herangezogen, um eine Erfüllung des Tatbestandes des § 30 Absatz 1 WStG (Mißhandlung Untergebener) zu begründen. Daß mit diesen Ausführungen gleichzeitig sowohl ein Überschreiten der Befehlsbefugnisse als auch die Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt bejaht wurde, erkannte das Gericht nicht, denn § 38 wurde nicht einmal erwähnt. 1)

Auch in einem Urteil des Schöffengerichts Osterholz-Scharmbeck vom 6. 8. 1964 2) wurde eine vorgenommene Anmaßung von Disziplinarstrafbefugnissen nicht beachtet.

Gegenstand dieses Urteils waren die Vorkommnisse in einem Panzergrenadierbataillon in Schwanewede, die zum Teil durch die Berichterstattung in der Presse bekannt geworden sind. 3) Unter anderem wurde ein Unteroffizier angeklagt, einem Untergebenen nach Dienstschluß befohlen zu haben, im Arbeitsanzug vor dem Kompanieblock anzutreten, weil er ihn nicht gegrüßt und damit nach den in dieser Kompanie geltenden Befehlen ein Dienstvergehen begangen habe. Nachdem der Untergebene vor dem Block angetreten war, ordnete der Unteroffizier an, er solle in einer Minute die Kaserne umrunden. Als dem Soldaten dieses nicht gelang, befahl ihm der Unteroffizier, daß er sich einen Trainingsanzug anziehen und solange weiterlaufen solle, bis er die vorgeschriebene Strecke in einer Minute bewältigt habe.

Das Gericht verkannte nicht, daß es sich bei den angeordneten Maßnahmen um Strafen handeln sollte und daß der Angeklagte nicht berechtigt war, eine derartige Sonderausbildung anzusetzen, würdigte sein Verhalten aber nur als Überschreiten der Befehlsbefugnisse. Daß gleichzeitig eine Anmaßung der Disziplinargewalt vorlag, weil der Unteroffizier Maßnahmen ergriffen hatte, die ausschließlich den Disziplinarvorgesetzten vorbehalten sind, fand keine Erwähnung. 4)

---

1) § 38 ist nicht subsidiär gegenüber § 30, sondern es ist Tateinheit denkbar. vgl. RMG 18, 122

2) Az. 6 Ms. 156/64

3) vgl. Nachrichtenmagazin "Der Spiegel" Nr. 6 aus 1964

4) Bei Anordnung der Maßnahmen durch einen Disziplinarvorgesetzten hätte in diesem Fall sogar der Tatbestand des § 39 Absatz 1 Nr. 4 vorgelegen.

d) Die Anordnung Erzieherischer Maßnahmen

Für die erste Alternative des § 38 ist zu beachten, daß bei der Verhängung von Maßnahmen, die, ohne das Merkblatt der Vergeltung zu tragen, nur einem Erziehungs- oder Ausbildungszweck dienen, auch ein Vorgesetzter, der nicht Disziplinarvorgesetzter ist, durchaus sachlich zuständig sein kann. Auf diese Maßnahmen und ihre Zulässigkeit wird im einzelnen noch bei der Erörterung des § 39 Absatz 1 NR. 4 WStG einzugehen sein. Es muß aber hier bereits zur Klarstellung angemerkt werden, daß diese Maßnahmen, die scharf von den Disziplinarstrafen zu trennen sind, nicht nur auf Grund einer Disziplinargewalt zulässig sind, sondern jeder Vorgesetzte sie in seinem Befehlsbereich anwenden darf. Der Vorgesetzte ist nach § 10 Absatz 2 SG für die Aufrechterhaltung der Disziplin und Ordnung seiner Untergebenen verantwortlich. Daher ist er berechtigt, ja sogar verpflichtet, jedes Mittel anzuwenden, das nach der Sachlage zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist. Diese Maßnahmen dürfen jedoch nicht durch Gesetz, militärische Dienstvorschriften oder "dienstliche Befehle" verboten sein oder militärischen Grundsätzen zuwiderlaufen. 1)

Sie dürfen vor allen Dingen keine Strafen sein. 2)

Trifft ein Vorgesetzter eine in diesem Sinne zulässige Maßnahme, so liegt kein Anmaßen der Disziplinargewalt vor, selbst wenn der anordnende Vorgesetzte keine Disziplinargewalt besitzt.

Hervorzuheben ist hierbei allerdings, daß die in dem Erlaß des Bundesministers für Erzieherische Maßnahmen 3) als "besondere" Erzieherische Maßnahmen bezeichneten Maßnahmen nach diesem Erlaß nur von einem Disziplinarvorgesetzten angeordnet werden dürfen. Jeder Vorgesetzte, der nicht Disziplinarvorgesetzter ist, maßt sich daher Disziplinargewalt an, wenn er eine dieser besonderen Erzieherischen Maßnahmen anordnet. 4) Stellt die angeordnete Erzieherische Maßnahme eine Strafe dar, und das wird zumeist der Fall sein, 5) dann liegt sogar eine Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt vor, die den Tatbestand des § 38 1. Altern. WStG erfüllt.

---

1) Rittau § 38 Anm. 5;
vgl. auch Dietz S. 16o;
RMG 18, 122

2) vgl. zu der Frage, wann eine Maßnahme eine Strafe ist, die Ausführungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 4

3) FÜBI 4 v. 2o. 2. 1965

4) vgl. Nolting in "Die Bundeswehr" Mai 1962 S. 136

5) vgl. die Erläuterungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 4

3. Die Rechtswidrigkeit

Grundsätzlich ist bei einer Tatbestandserfüllung des § 38 1. Altern. WStG die Rechtswidrigkeit indiziert.

Die Unrechtmäßigkeit der Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt kann nicht nachträglich dadurch beseitigt werden, daß der eigentliche zuständige Disziplinarvorgesetzte die vorgenommene Handlung genehmigt. 1)

Für die Frage der Rechtswidrigkeit kommt es beim Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt nicht darauf an, welcher Zweck mit der Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt verfolgt wird, die Tat bleibt selbst dann rechtswidrig, wenn ein rechtmäßiger Zweck verfolgt wird. 2)

Es ist daher nicht erforderlich, daß der Täter beabsichtigt, zum Nachteil eines Soldaten zu handeln; selbst wenn er die Anmaßung nur begeht, um die Ruhe und die Sicherheit und Ordnung in der Truppe zu wahren, ändert das an der Rechtswidrigkeit seiner Handlung nichts. Allerdings kann in einem solchen Fall einer der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des Strafrechts eingreifen. Zum Beispiel kann unter Umständen ein Handeln im vermeintlichen Interesse des Vorgesetzten und der Disziplin die Tat rechtfertigen. 3)

II. Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt

(§ 38 2. Altern. WStG)

1. Der Täterkreis

Da durch die zweite Alternative des § 38 WStG die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt unter Strafe gestellt wird, ist die Frage nach dem Täterkreis hier im Gegensatz zur ersten Alternative unproblematisch, denn ein Überschreiten der Disziplinarstrafgewalt setzt schon rein begrifflich das Bestehen einer solchen voraus.

Während bei der ersten Alternative - dem Anmaßen der Disziplinarstrafgewalt - ein Vorgesetzter, aber auch ein Soldat, der keinerlei Vorgesetztenqualifikation besitzt, Täter sein kann,

---

1) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2
Schäfer § 38 Anm. 2
RMG 11, 219
2) vgl. LG Kempten Urt. v. 1.12.1960, Az. Ns 216/60
3) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 2

kommen für das Überschreiten der Disziplinarstrafgewalt somit nur Soldaten in Frage, denen überhaupt Disziplinargewalt zusteht, also in der Regel Offiziere. 1)

Ein Soldat, dem keine Disziplinarbefugnisse zustehen, kann sich diese zwar anmaßen, er kann sie aber nicht inhaltlich überschreiten, wie es für den Tatbestand der zweiten Alternative erforderlich ist. 2)

Wem Disziplinargewalt zusteht und wer damit Disziplinarvorgesetzter ist, richtet sich nach den Vorschriften der WDO, und zwar nach den §§ 16 - 20 WDO. Nach § 16 WDO haben diejenigen Offiziere Disziplinargewalt, denen sie nach der WDO zusteht, und deren truppendienstliche Vorgesetzte sowie die Vorgesetzten in vergleichbaren Dienststellungen, denen sie durch den Bundesminister der Verteidigung zur Erfüllung besonderer Aufgaben verliehen wird. Oberster Disziplinarvorgesetzter ist der Bundesminister der Verteidigung. Die Disziplinargewalt ist gemäß § 17 WDO abgestuft. Mit dieser Vorschrift wird die Strafgewalt der Disziplinarvorgesetzten nachihrer Dienststellung bestimmt, Welche Vorgesetzten welche Dienststellungen bekleiden, hat der Bundesminister der Verteidigung mit dem ersten Erlaß über die Disziplinargewalt von Offizieren vom 2.4.1957 3) auf Grund seiner Ermächtigung aus § 17 Abs. 1 WDO geregelt.

Die Disziplinargewalt ist also an die Dienststellung gebunden und steht - vom Bundesminister der Verteidigung abgesehen - nur Offizieren zu. 4) Im Gegensatz zur Befehlsbefugnis kann die Disziplinargewalt als "wesentlichstes Mittel zur Truppenführung" 5) nicht ohne weiteres vom höheren Vorgesetzten beschränkt werden (§ 23 WDO), denn der Disziplinarvorgesetzte ist selbständig in seinem Bereich verantwortlich. Allerdings kann sie auch nicht wie die Befehlsbefugnis nach unten, zum Beispiel auf einen Unteroffizier, übertragen werden, 6) wie sich aus ihrer Bindung an die Dienststellung ergibt. Zwar geht

---

1) vgl. Rittau § 38 Anm. 2
Lauerer S. 9
2) vgl. Schäfer § 38 Anm. 3
3) VMBl 1957 S. 270
4) vgl. Rittau § 39 Anm. 2
5) Kranzbühler S. 6
6) Kranzbühler S. 10

sie entsprechend § 16 Abs. 2 WDO von selbst auf "den Stellvertreter im Kommando" über, aber das gilt nur insoweit, als dieser Offiziersrang hat. Ist der Stellvertreter nicht Offizier, so geht die Disziplinargewalt auf den nächsthöheren Disziplinarvorgesetzten über (§ 16 Abs. 2 Satz 3 WDO).

Die Beachtung der aufgeführten Vorschriften der WDO sowie des Erlasses des Bundesministers der Verteidigung über die Disziplinargewalt der Offiziere ist von erheblicher Bedeutung, denn der Umfang der Disziplinarbefugnisse des einzelnen Disziplinarvorgesetzten ist der Art und Weise nach von seiner Dienststellung abhängig. Nur wer im Sinne des § 16 beziehungsweise § 20 WDO Disziplinarvorgesetzter ist, kann Täter des § 38 2. Altern. WStG sein.

Täter des § 38 2. Altern. WStG kann allerdings auch ein Disziplinarvorgesetzter sein, dessen Ernennung nichtig ist, weil er sie beispielsweise mittels einer strafbaren Handlung erschlichen hat. Ein solcher Disziplinarvorgesetzter übt, wie bereits zu § 39 1. Alternative ausgeführt wird, 1) tatsächlich und berechtigt Disziplinargewaltaus, 2) denn wenn die Ausübung der Disziplinargewalt durch ihn schon tatbestandsmäßig keine Anmaßung darstellt, steht ihm folglich auch Disziplinargewalt zu, die er inhaltlich überschreiten kann.

Auch ein Disziplinarvorgesetzter, dessen Ernennung nichtig und daher mit ex tunc-Wirkung vernichtbar ist, kann daher Täter des § 38 2. Altern. sein.

2. Die Handlung

Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt erfordert ein inhaltliches Verlassen der Grenzen der Disziplinarstrafbefugnisse. Im Gegensatz zur Überschreitung der persönlichen Zuständigkeit, die bei der Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt gegeben ist - denn die Disziplinargewalt ist nach dem Wehrrecht personenbezogen beziehungsweise mit der Dienststellung verknüpft (§§ 16 ff WDO) -, werden bei der zweiten Alternative des § 38 - der Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt - die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit des Disziplinarvorgesetzten verletzt. 3) Für § 38 2. Altern. ist es

---

1) vgl. die Ausführungen und Fußnoten zu § 38 1. Altern.
2) vgl. Maurach BT S. 605 m. w. N.
3) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 3
Dreher § 38 Anm. 12

somit einmal erforderlich, daß der Täter überhaupt Disziplinargewalt besitzt, zum anderen muß er diese Gewalt auch gerade gegenüber dem von ihm bestraften Untergebenen besitzen. 1)

Ein Disziplinarvorgesetzter überschreitet also dann seine Disziplinarstrafgewalt, wenn er diese gegenüber einem seiner Disziplinargewalt unterstehenden Soldaten über die Grenzen hinaus anwendet, die ihm durch das Disziplinarrecht gesetzt sind. 2)

a) Die Verletzung von Zuständigkeitsregelungen

Ein einfacher Fall des § 38 2. Altern. ist der, daß ein Disziplinarvorgesetzter, der ansich zur Verhängung von Disziplinarstrafen berechtigt ist, gegenüber einem seiner Disziplinargewalt unterworfenen Untergebenen eine Disziplinarstrafe verhängt, für die es ihm nach den Vorschriften der WDO an der Zuständigkeit fehlt.

Beispiel: Ein Kompaniechef verhängt eine Arreststrafe, obwohl nach § 17 Abs. 1 Nr. 2 WDO erst der Bataillonskommandeur Arreststrafen verhängen darf.

Für die Verhängung der Arreststrafe ist der Kompaniechef nicht sachlich zuständig. Es liegt daher eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt vor.

Die Entscheidung, ob eine Überschreitung der Strafbefugnisse gegeben ist, macht grundsätzlich eine genaue Feststellung des Umfangs der Befugnisse des Bestrafenden erforderlich. Wie wichtig diese Feststellung unter Umständen zur Abgrenzung der beiden Alternativen des § 38 WStG sein kann, soll an folgendem Beispiel verdeutlicht werden:

> Ein Kompaniechef verhängt gegen einen Zugführer sein er Kompanie im Dienstgrade eines Leutnants einen strengen Verweis.

Es liegt eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt vor, denn gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 1 WDO reicht die Strafbefugnis eines Kompaniechefs gegenüber einem Offizier nur bis zu einem einfachen Verweis gemäß § 11 Abs. 1 WDO. 3)

---

1) vgl. Lauerer S. 43
2) vgl. Schwinge § 118 Anm. II
3) Daß ein strenger Verweis, der vor der Truppe bekanntzugeben ist (§ 11 Abs. 2 WDO) von einem Kompaniechef nicht gegen einen Offizier verhängt werden kann, ergibt sich aus § 17 Abs. 1 Nr. 1 WDO, und zwar daraus, daß er als gegenüber Unteroffizieren und Mannschaften zulässig ausdrücklich genannt wird, während als zulässig gegenüber Offizieren nur ein Verweis erwähnt wird.

Angenommen jedoch, § 17 Abs. 1 Nr. 1 WDO ließe auch nicht die Verhängung eines einfachen Verweises gegenüber einem Offizier zu, so hätte der Kompaniechef eine Strafgewalt ausgeübt, die er gar nicht hatte und hätte damit den Tatbestand der 1. Alternative erfüllt, also eine Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt begangen. 1) Die Feststellung allein, daß die Zuständigkeit des Kompaniechefs für die Verhängung eines strengen Verweises nicht ausreichte, läßt somit nur den Schluß zu, daß ein Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt vorliegt; welche Alternative des § 38 erfüllt worden ist, läßt sich erst nach einer genauen Abgrenzung des Umfangs der Befugnisse des Täters bestimmen.

b) Die Verhängung von unverdienten oder unerlaubten Strafen

Aber nicht nur in den Fällen, in denen Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit zur Verhängung von Disziplinarstrafen verletzt werden, sondern auch durch die Verhängung unverdienter oder unerlaubter Strafen kann eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt gegeben sein. 2)

Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt durch die Verhängung unverdienter oder unerlaubter Strafen ist zwar im wesentlichen in § 39 geregelt, aber alle Handlungen der in § 39 Abs. 1, 3 WStG bezeichneten Art, wenn sie bedingt vorsätzlich, aber nicht wider besseres Wissen vorgenommen werden, 3) fallen unter § 38 2. Altern. WStG. 4)

Strafen sind im Sinne des § 38 2. Altern. unverdient, wenn sie gegen einen Unschuldigen verhängt werden. 5)

Unerlaubt sind sie, wenn sie nach Art und Höhe nicht in der WDO als Disziplinarstrafen vorgesehen sind. Es fallen hier-

---

1) vgl. Lauerer S. 43
2) vgl. Rittau § 38 Anm. 7
3) vgl. im Einzelnen die Ausführungen zu § 39 WStG (S. 86 ff)
4) vgl. Schäfer § 38 Anm. 3
   Dreher § 38 Anm. 14
5) vgl. hierzu die Ausführungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 1(S. 86 ff)

unter vor allen Dingen auch "Erzieherische Maßnahmen", die einen unerlaubten Vergeltungszweck neben dem Zweck der Erziehung und Besserung verfolgen. 1)

Unerlaubt sind ferner Strafen, die trotz Entgegenstehen eines Verfolgungshindernisses, zum Beispiel Verjährung, verhängt werden. 2)

c) Die Nichtbeachtung von Verfahrensvorschriften

Nicht nur durch die Verhängung der Art nach schon unerlaubter Strafen kann eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt erfolgen, sondern an sich zulässige Strafen können dadurch unerlaubt werden, daß grundlegende Verfahrensrichtlinien mißachtet werden, 3) so daß auch in der Verhängung an sich zulässiger Strafen unter Nichtbeachtung der Verfahrensvorschriften eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt liegen kann.

Beispiel: Ein Bataillonskommandeur verhängt eine an sich angemessene Arreststrafe im Rahmen seiner sachlichen Zuständigkeit, ohne sie vorher von einem Richter nach Art und Dauer für rechtmäßig erklären zu lassen.

Der Verstoß gegen die Verfahrensvorschrift des § 28 WDO, wonach keine Arreststrafe ohne Mitwirkung eines Richters verhängt werden darf, ist so schwerwiegend, daß die verhängte Strafe unerlaubt wird. 4) Vorschriften wie § 28 WDO dienen dem Schutz des Einzelnen. Sie sollen garantieren, daß bei so einschneidenden Eingriffen, wie Arreststrafen, eine intensive Rechtsmäßigkeitskontrolle ausgeübt wird.

Ein Verstoß gegen zwingende Verfahrensvorschriften liegt auch dann vor, wenn die Pflicht zur Anhörung eines Beschuldigten vor Verhängung einer Disziplinarstrafe mißachtet wird. 5)

---

1) vgl. hierzu die Erläuterungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 4 (S. 119 ff) und in § 39 Abs. 1 Nr. 3 (S.112 ff)
2) vgl. die Ausführungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 2 (S.103 ff)
3) Insofern gelten die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts. Ein Verwaltungsakt wird dann für rechtswidrig gehalten, wenn er unter Verletzung "absoluter (elementarer), äußerlich erkennbarer Verfahrensvorschriften" oder unter Verstoß gegen "absolut zwingende Formschriften" ergangen ist. vgl. Wolff I, § 51 III
4) vgl. Schäfer § 38 Anm. 3
5) vgl. Dietz § 44 Anm. 4
Hodes § 21 a Anm. 3 a

Die Anhörungspflicht des Disziplinarvorgesetzten ist in der WDO in § 21 a Abs. 3 ausdrücklich festgelegt. Das war auch notwendig, denn die wenig glückliche Fassung des § 21 a Abs. 2 verlangt nur dann eine umfassende sachliche Aufklärung, wenn "Zweifel" über die Täterschaft, die Schuld oder das Maß der Strafwürdigkeit" bestehen. Der Gesetzgeber hat bei der Fassung des § 21 a Abs. 2 WDO nicht berücksichtigt, daß vor einer Anhörung des Beschuldigten stets Zweifel an seiner Strafwürdigkeit bestehen. Wenn durch die sachlichen Aufklärungen des § 21 a WDO alle für die Strafbemessung bedeutsamen Umstände ermittelt werden müssen, dann darf man dieses nicht auf die Fälle beschränken, bei denen Zweifel bestehen, sondern eine solche Aufklärung ist grundsätzlich immer vor einer Bestrafung erforderlich. Hätte der Gesetzgeber die Aufklärungspflicht nicht zumindest dem Anschein nach auf Zweifelsfälle beschränkt, dann wäre die Regelung der Anhörungspflicht in Absatz 3 des § 21 a WDO nicht erforderlich gewesen, da eine umfassende sachliche Aufklärung ohnehin die persönliche Anhörung des Beschuldigten erfordert. Ein Disziplinarvorgesetzter kann sich ohne diese kein Bild darüber machen, wie sich der Beschuldigte zu seiner Verfehlung stellt.

Wenn das Bundesarbeitsgericht 1) sogar eine Betriebsbuße, 2) die unter Mißachtung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs verhängt wurde, für unzulässig hält, dann muß erst recht im Wehrdisziplinarrecht eine Strafe, die unter Mißachtung dieses Grundsatzes verhängt wird, für unerlaubt erachtet werden, denn einem Soldaten wird das besondere Gewaltverhältnis in der Bundeswehr und damit auch die Möglichkeit einer disziplinaren Bestrafung aufgezwungen; er nimmt die Möglichkeit der "betrieblichen" Bestrafung nicht wie ein Angestellter oder Arbeiter in gewissem Sinne freiwillig auf sich.

d) Die Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt durch unerlaubte Disziplinarstrafentscheidungen 3)

Ein Verstoß gegen Verfahrensvorschriften ist aber nicht nur unter dem Gesichtspunkt strafrechtlicher relevant, daß dadurch eine an sich erlaubte Strafe zu einer unerlaubten werden kann,

---

1) BAG Urt. v. 12.9.1967, Az.: 1 AZR 34/66, Leitsatz 2 a
2) vgl. zum Begriff § 52 Abs. 2 Satz 2 BetrVG; § 56 Abs. 1 f; §§ 57, 59 PersVG
3) vgl. zum Begriff: Dietz, WDStO S. 216

sondern die Nichtbeachtung einer Verfahrensvorschrift für sich allein kann bereits eine unerlaubte Disziplinarstrafentscheidung bilden.

Es wurde zu § 38 1. Altern. WStG erläutert, daß angemaßte Disziplinarstrafentscheidungen unter den Begriff "Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt" fallen, 1) wenn sie einen Eingriff in die Rechte des Betroffenen darstellen.

Genauso kann die Überschreitung bestehender Befugnisse im Rahmen einer Disziplinarstrafentscheidung eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt bedeuten und damit unter § 38 2. Altern. fallen.

Allerdings ist zu beachten, daß das in § 38 geschützte Rechtsgut nur dann durch die Nichtbeachtung einer Vorschrift, die das Disziplinarstrafverfahren betrifft, so schwerwiegend beeinträchtigt ist, daß es einer strafrechtlichen Sanktion bedarf, wenn die unerlaubte Disziplinarstrafentscheidung einen Eingriff in die Rechte des Einzelnen darstellt.

Insofern ist die Auffassung SCHÄFERS 2) zu wenig differenziert, wenn er "nicht nur die Verhängung einer Strafe, sondern auch eine andere Maßnahme in unzulässiger Betätigung als Disziplinarvorgesetzter, z. B. die Aufhebung einer verhängten Strafe entgegen § 25 Abs. 5 WDO" unter § 38 2. Altern. WStG fallen lassen will. 3)

SCHÄFER ist zwar insoweit zuzustimmen, als in dem von ihm genannten Beispiel die Aufhebung der Disziplinarstrafe dann eine unzulässige Disziplinarstrafentscheidung darstellt, wenn sie mit der Absicht erfolgt, wegen desselben Dienstvergehens eine härtere Bestrafung vorzunehmen. Liegt dagegen kein Eingriff in die Rechte des Betroffenen vor, weil zum Beispiel der Disziplinarvorgesetzte sich inzwischen entschlossen hat, das Dienstvergehen nunmehr straflos zu lassen, so ist die Funktionsfähigkeit der Truppe nicht so stark beeinträchtigt, daß eine strafrechtliche Ahndung erforderlich wäre.

Daß hier der Tatbestand des § 38 2. Altern. nicht vorliegen kann, ergibt sich auch schon daraus, daß in diesem Fall die Aufhebung der verhängten Disziplinarstrafe keine Disziplinarstrafentscheidung darstellt, denn die Aufhebung ist hier keine

---

1) vgl. die Ausführungen unter A I 2 (3)
2) vgl. Schäfer § 38 Anm. 3
3) Allerdings ist Schäfer nur konsequent, da er den Tatbestand des § 38 WStG ohnehin nicht nur auf den Mißbrauch von Strafbefugnissen beschränkt sieht. vgl. Schäfer § 38 Anm. 2

Handlung, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer Bestrafung steht. Es handelt sich somit um den Mißbrauch von Disziplinarbefugnissen, nicht von Strafbefugnissen, so daß § 38 WStG nicht eingreift.

In der Regel hat jedoch die Unterscheidung zwischen unerlaubten Disziplinarstrafen und unerlaubten Disziplinarstrafentscheidungen keine praktische Bedeutung für § 38 2. Altern. WStG, denn auf eine Disziplinarstrafentscheidung folgt normalerweise eine Bestrafung. Da diese aber durch eine vorausgegangene rechtswidrige Disziplinarstrafentscheidung ebenfalls rechtswidrig wird, kommt es nicht darauf an, womit man die Unzulässigkeit der Bestrafung begründet, wie das folgende Beispiel zeigt:

> Ein Disziplinarvorgesetzter, der über ein Dienstvergehen zu befinden hat, das gleichzeitig eine Straftat ist, hält sich nicht an die tatsächlichen Feststellungen, auf denen die Entscheidung des mit der Straftat befaßten Gerichts beruht, sondern weicht zum Nachteil des Betroffenen ab.

In der abweichenden Feststellung liegt eine unerlaubte Disziplinarstrafentscheidung, denn die zwingende Vorschrift des § 22 Abs. 1 WDO verbietet in einem derartigen Fall Abweichungen von den Feststellungen des Gerichts.

Der Täter begeht hier eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt, obwohl die auf Grund der abweichenden Feststellungen verhängte Disziplinarstrafe für sich betrachtet durchaus angemessen und zulässig sein mag.

Allerdings ist diese Strafe ebenfalls unerlaubt, weil sie grundlegenden Verfahrensvorschriften zuwiderläuft und Rechte des Einzelnen beeinträchtigt werden.

Hieran wird deutlich, daß es normalerweise nicht darauf ankommt, womit die Überschreitung begründet wird, da sowohl die vorausgehende Disziplinarstrafentscheidung als auch die nachfolgende Disziplinarstrafe unerlaubt ist.

e) Fehler bei der Vorläufigen Festnahme gemäß § 9 WDO

Die Vorläufige Festnahme ist zwar im zweiten Teil der Wehrdisziplinarordnung unter der Überschrift "Ahndung von Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen" geregelt, gleichwohl handelt es sich bei der Vorläufigen Festnahme aber um keine Disziplinarstrafe, wie sich aus § 6 Abs. 1 in Verbindung mit § 10 und 43

WDO ergibt. § 6 Abs. 1 WDO lautet:

> "Dienstvergehen .... können durch einfache Disziplinarstrafen (§ 10) oder durch Laufbahnstrafen (§ 43) geahndet werden .... ."

Da die Vorläufige Festnahme weder unter § 10 noch unter §43 WDOals Disziplinarstrafe genannt ist, kann sie folglich auch nicht als solche angesehen werden, obwohl sie gegen einen Soldaten wegen eines Dienstvergehens angeordnet werden kann. 1)

Zum Teil wird dennoch angenommen, daß ein Fehler bei der Vorläufigen Festnahme eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt bedeuten könne. 2)

Von den Vertretern dieser Ansicht wird allerdings ohnehin jeder Mißbrauch von Disziplinarbefugnissen, gleich welcher Art, unter § 38 WStG erfaßt; es wird sogar in der Gewährung von Jahresurlaub in unzulässigem Umfang eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt gesehen. Daß ein derartiger Mißbrauch von Disziplinarbefugnissen nicht generell als Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt bezeichnet werden kann, wurde bereits zu § 38 1. Altern. ausführlich erörtert.

Diese Erörterungen können jedoch nicht ohne weiteres zur Unterstützung der Ansicht herangezogen werden, daß ein Fehler bei der Vorläufigen Festnahme ebenfalls nicht den Tatbestand des § 38 erfüllen könne, da es sich hierbei um keine Disziplinarstrafe handele; zwischen der Vorläufigen Festnahme gemäß § 9 WDO und den übrigen Disziplinarbefugnissen, wie dem Recht, Urlaub zu erteilen oder Anerkennungen auszusprechen, besteht ein wesentlicher Unterschied. Die Vorläufige Festnahme kann nur gegenüber einem Soldaten wegen eines Dienstvergehens angeordnet werden. Sie soll dem Vorgesetzten die Möglichkeit geben, im Falle einer Gefährdung der Disziplin unmittelbar eingreifen zu können, ohne aber gleich eine Bestrafung vornehmen zu müssen. Mit der Vorläufigen Festnahme soll also in

---

1) Diese Einordnung des § 9 in den Abschnitt "Ahndung von Dienstvergehen durch Disziplinarstrafen" zeigt, wie wenig systematisch die WDO gegliedert ist.

2) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 3
wohl auch Schäfer § 38 Anm. 3

etwa der Nachteil der Disziplinarbestrafung ausgeglichen werden, der darin liegt, daß sie bei Beachtung der Formvorschriften (§ 25 WDO) erst nach Ablauf einer Nacht vorgenommen werden kann. 1)

Zwar hat die Vorläufige Festnahme ausschließlich den Zweck, der Aufrechterhaltung der Disziplin und Ordnung zu dienen; sie soll keinerlei Sühne- und Vergeltungsfunktion erfüllen, darf sich aber dennoch nur gegen den "Störer" richten, um den vergleichbaren Terminus aus dem allgemeinen Polizeirecht zu benutzen. Obwohl die Vorläufige Festnahme somit keinen allgemeinen Strafzweck verfolgt, wirkt sie sich aber dennoch wie eine Strafe aus, da sie immerhin aus Freiheitsentzug, und zwar bis zur Höchstdauer von 2 Tagen besteht (§ 9 Abs. 4 WDO) und ein Dienstvergehen zum Anlaß hat.

Welch große Bedeutung einem solchen Freiheitsentzug beizumessen ist, wird vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 2. 5. 1967 2) zum Ausdruck gebracht, der zwar nicht den Freiheitsentzug auf Grund einer Vorläufigen Festnahme, sondern den disziplinaren Arrest behandelt, in seinen grundsätzlichen Ausführungen, aber in vollem Umfang auch hierfür herangezogen werden kann:

> "Von Bedeutung ist, daß der Soldat im Falle einer Bestrafung mit Arrest nicht nur in seinem dienstrechtlichen, sondern auch in seinem allgemeinen Status betroffen ist und daß ihm durch den Arrest die persönliche Freiheit entzogen wird - ein Rechtsgut, das "als erste Voraussetzung für jede freiheitliche Betätigung des Menschen überhaupt" (BVerfGE 10, 302) vom Grundgesetz besonders hoch bewertet wird. Die Entziehung dieses für die Entfaltung der Persönlichkeit grundlegenden Rechtsguts kann nicht als ein bloß dienstinterner disziplinarrechtlicher Vorgang gewertet werden, auch dann nicht, wenn sie wegen eines Dienstvergehens und um innerdienstlicher Zwecke willen angeordnet wird. Die Freiheitsentziehung ist

---

1) vgl. Lindgen in DÖD 1968, 27
2) BVerfG in DÖD 1967, 154 (155)

> vielmehr von solchem Gewicht, daß es nicht darauf ankommt, ob sie mehr zur Vergeltung oder mehr zur Prävention, mehr um des allgemeinen Rechtsfriedens oder mehr um der Dienstzucht willen verhängt wird."

Es kommt also bei der Freiheitsentziehung nicht entscheidend darauf an, welche Zwecke verfolgt werden, sondern der Entzug der persönlichen Freiheit ist von so großer Bedeutung, daß er, wenn er auch nur ein Mittel zur Wahrung der Disziplin darstellen und keine Strafzwecke verfolgen soll, sich dennoch in seiner Wirkung für die Betroffenen als eine Art Strafmaßnahme darstellt. 1) Da die Vorläufige Festnahme in jedem Fall - auch wenn sie gerechtfertigt ist - vom Gehalt her so viel Gemeinsames mit einer Strafe hat, handelt es sich bei ihrer Anordnung um eine Disziplinarstrafentscheidung, die dann, wenn sie fehlerhaft erfolgt, eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt darstellt. Mit dieser Begründung kann der oben zitierten Auffassung, daß ein Fehler bei der Vorläufigen Festnahme gemäß § 9 WDO, zum Beispiel ein längeres Festhalten als die Aufrechterhaltung der Disziplin gebietet, eine Überschreitung der Strafbefugnisse darstellen könne, zugestimmt werden. Sie steht auch nicht mit der schon zur ersten Alternative des § 38 vertretenen Ansicht im Widerspruch, daß grundsätzlich der Mißbrauch der neben den Strafbefugnissen den Inhalt der Disziplinargewalt ausmachenden Befugnisse nicht unter § 38 falle, denn auch zur ersten Alternative des § 38 ist bereits klargestellt worden, daß der Tatbestand denn erfüllt sei, wenn der Mißbrauch sonstiger Disziplinarbefugnisse sich für den Betroffenen wie eine Strafe auswirke, beziehungsweise eine unerlaubte Disziplinarstrafentscheidung bilde.

Der Wehrbeauftragte des Deutschen Bundestages griff in seinem Jahresbericht 1963 2) einen Fall einer unzulässigen Vorläufigen Festnahme auf, der einer Erwähnung bedarf, zumal der Wehrbeauftragte mit der Art seiner Bearbeitung einige Wünsche offen ließ.

> Ein Gefreiter unterrichtete eines Abends den UvD davon, daß er am folgenden Tage schon um 4.30 Uhr geweckt werden müsse, da er zu einem besonderen Dienst eingeteilt sei. Bei dieser Mitteilung lehnte sich der Gefreite mit dem Oberkörper durch den geöffneten Schalter des UvD-Zimmers. Ein hinzukom-

---

1) Das Bundesverfassungsgericht sieht in jedem disziplinaren Arrest so viel Wesensverwandtes mit einer Freiheitsstrafe, daß es grundlegende Ausführungen zur Frage der Doppelbestrafung macht.

2) Jahresbericht 1963 S. 12

> mender Leutnant, der den Kompaniechef vertrat, nahm daraufhin den Gefreiten mit der Begründung vorläufig fest, daß er eine Gehorsamsverweigerung begangen habe, weil er sich entgegen einem Kompaniebefehl durch das Schalterfenster gelehnt habe. Nach der Vorläufigen Festnahme wurde der Gefreite etwa 10 Stunden in der Arrestzelle festgehalten. Der Gefreite machte bei der Festnahme sofort geltend, daß er den Kompaniebefehl nicht gekannt habe.

Bei der vom Wehrbeauftragten veranlaßten Überprüfung der Angelegenheit ergab sich, daß der Kompaniechef zwar mündlich ein derartiges Verbot ausgesprochen hatte, dem Gefreiten aber nicht widerlegt werden konnte, daß ihm dieses unbekannt war.

Der Leutnant berief sich in der Untersuchung darauf, er sei der festen Meinung gewesen, "daß jeglicher Ungehorsam die Disziplin gefährde und daher eine Vorläufige Festnahme rechtfertige." Auf Grund dieser Einlassung unterblieb eine disziplinare Ahndung, der Leutnant wurde aktenkundig verwarnt. Außerdem wurde ihm aufgegeben, eine Ausarbeitung über Sinn und Zweck des § 9 WDO anzufertigen. Zu dieser disziplinaren Würdigung einer ungerechtfertigten Vorläufigen Festnahme führte der Wehrbeauftragte im Jahresbericht aus:

> "Der Wehrbeauftragte war der Ansicht, daß eine kurze Arreststrafe für den festnahmefreudigen Offizier angemessen und ein heilsamer Denkzettel gewesen wäre. Lediglich wegen des Umstandes, daß ein Disziplinargerichtsverfahren nicht angezeigt erschien und eine einfache Disziplinarstrafe nach der Strafloserklärung aber nicht mehr möglich war, ließ er die Angelegenheit auf sich beruhen."

Mit einer derartigen Stellungnahme wurde der Wehrbeauftragte seiner Funktion, die Grundrechte der Soldaten und die Grundsätze der Inneren Führung zu schützen, 1) nicht gerecht. Es fehlt an einem eindeutigen Hinweis darauf, daß hier in einer Art in wesentliche Rechte des Soldaten eingegriffen worden war, die schärfster Ablehnung bedurfte. Der Leutnant mißbrauchte

---

1) Jahresbericht 1968 S. 4

seine Disziplinarstrafgewalt in hohem Grade, da die Aufrechterhaltung der Disziplin in keiner Weise eine Festnahme verlangte. Welche große Verantwortung den Vorgesetzten übertragen ist, wenn sie dazu ermächtigt werden, Untergebenen ohne ordentliches Verfahren ihre persönliche Freiheit zu nehmen, und welche Verpflichtung zur genauesten Beachtung der Grundrechte und der Grundsätze der Inneren Führung mit einer derartigen Ermächtigung verknüpft ist, blieb unerwähnt. Unerwähnt blieb auch, daß das Verhalten des Leutnants unter Umständen den Tatbestand des § 38 2. Altern. WStG erfüllt haben könnte.

f) Ermessensfehler des Disziplinarvorgesetzten

(1) Das Nichteinschreiten in reinen Disziplinarsachen

§ 40 WStG stellt die "Unterlassene Mitwirkung bei Strafverfahren" unter Strafe. Mit dieser Vorschrift des § 40 wird jedoch nur der Fall erfaßt, daß ein Vorgesetzter pflichtwidrig bei dem Verdacht, "daß ein Untergebener eine als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohte Handlung begangen hat", nicht einschreitet, § 40 betrifft nicht das Nichttätigwerden, wenn das Dienstvergehen des Untergebenen nicht zugleich eine Straftat ist.

Da die §§ 38, 39 WStG jeweils nur ein Überschreiten der Disziplinarstrafgewalt zum Gegenstand haben und ebenfalls den Fall, daß ein Vorgesetzter pflichtwidrig von seiner Disziplinargewalt keinen Gebrauch macht, nicht ausdrücklich nennen, wird das Nichteinschreiten in reinen Disziplinarsachen, selbst wenn das pflichtgemäße Ermessen vom Disziplinarvorgesetzten verletzt wurde, von einem Teil der Literatur nicht als Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt und damit auch nicht als Wehrstraftat angesehen. 1)

Das Nichteinschreiten wegen eines Dienstvergehens bedürfe deswegen keiner richterlichen Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt des § 38, da es sich um Entschließungen im Rahmen der Ermessensfreiheit (§§ 21, 26 WDO) handele. 2)

An dieser Auffassung erscheint zunächst bedenklich, daß allgemein vom Nichteinschreiten gesprochen und nicht zwischen dem Absehen von Ermittlungen beim Verdacht eines Dienstvergehens und dem Absehen von einer Bestrafung differenziert wird. Eine derartige Trennung ist deswegen unerläßlich, weil bezüglich der

---

1) Dreher § 38 Anm. 14
Schäfer § 38 Anm. 3
2) Schäfer § 38 Anm. 3

Aufnahme von Ermittlungen das Legalitätsprinzip 1) und bezüglich der Frage, ob eine Bestrafung vorgenommen werden soll oder nicht, das Opportunitätsprinzip im Disziplinarrecht gilt.

Werden dem Disziplinarvorgesetzten Tatsachen bekannt, die den Verdacht eines Dienstvergehens rechtfertigen, so hat er zur Klärung des Sachverhalts die erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen. 2)Zu diesem Zeitpunkt ist für eine Ermessensentscheidung noch kein Raum. Die Pflicht, zur Aufklärung des Sachverhalts die notwendigen Ermittlungshandlungen, wie Zeugenvernehmung, Vernehmung des betroffenen Soldaten und Akteneinsicht, zu veranlassen, 3) beeinträchtigt nicht das sonst im Gegensatz zum Strafrecht im Disziplinarrecht geltende Opportunitätsprinzip, denn es steht dem Disziplinarvorgesetzten immer noch frei, ob er gegen den schuldigen Untergebenen eine Disziplinarstrafe verhängen oder das Dienstvergehen straflos lassen will (§ 6 Abs. 2 WDO). Ohne Vorermittlungen, die im Disziplinarverfahren in etwa dem Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft, also dem vorbereitenden Verfahren entsprechen, 4) ist eine fehlerfreie Ermessensentscheidung bezüglich der Frage, ob gestraft werden soll oder nicht, aber schlechterdings unmöglich. 5)

Die Auffassung, daß ein Nichteinschreiten wegen eines Dienstvergehens deswegen keiner richterlichen Nachprüfung bedürfe, weil es sich um eine Ermessensentscheidung handele, 6) ist daher mit der angeführten Begründung nicht haltbar.

Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob in dem

---

1) Behnke § 21 Anm. 1 a
Lindgen I S. 330
Claussen-Jantzen § 26 Rdnr. 6
2) vgl. hierzu die Ausführungen zum vergleichbaren § 26 BDO
Schnupp in DÖD 1968, 88 ff
Lindgen in DÖD 1968, 27
Schweitzer in DÖD 1968, 85 ff
3) vgl. Schnupp DÖD 1968, 90
4) vgl. Behnke § 21 Anm. 3
Schweitzer DÖD 1968, 85
Schnupp DÖD 1968, 88
5) vgl. Claussen-Jantzen § 3 Rdnr. 2
6) so Schäfer § 38 Anm. 3

pflichtwidrigen Unterlassen von Ermittlungen eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt gesehen werden muß. 1) Diese Frage läßt sich nur unter Berücksichtigung des in § 38 WStG geschützten Rechtsguts klären. Es kommt dabei entscheidend darauf an, ob ein Disziplinarvorgesetzter die Funktionsfähigkeit der Truppe durch ein Nichteinschreiten in so starkem Maße gefährden kann, daß eine strafrechtliche Ahndung erforderlich ist. Zur Konkretisierung des Problems mag ein Beispiel dienen:

> Im Zugunterricht zeigt ein Gefreiter sich gegenüber dem Zugführer, der den Unterricht hält, wiederholt aufsässig und stört fortgesetzt den Unterricht. Der Zugführer unternimmt selbst nichts, sondern kündigt dem Gefreiten eine Meldung an den Disziplinarvorgesetzten an, Nach Beendigung des Unterrichts nimmt der Zugführer unter Benennung von Zeugen die Meldung vor.
> Der Kompaniechef unternimmt nichts, weil er den Zugführer für einen untalentierten Vorgesetzten hält, dem es nicht schade, wenn er einsehe, daß er mit seinen Untergebenen nicht fertig werden könne.

An diesem willkürlich gebildeten Beispiel - aus der Rechtsprechung ist kein geeigneter Fall ersichtlich - wird deutlich, daß durch das Absehen von Ermittlungen und das daran anschließende Nichteinschreiten vermittels einer Disziplinarstrafe in erheblichem Ausmaß die Autorität des Zugführers untergraben wird.

Die Soldaten des Zuges erkennen, daß ihr unmittelbarer Vorgesetzter, der Zugführer, keinen Rückhalt beim Kompaniechef hat, und der Zugführer verliert seine Dienstfreude und Einsatzbereitschaft, er resigniert.

Durch ein Absehen von Ermittlungen kann daher in sehr starkem Umfang die Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werden. Gleichzeitig kann in einem solchen Verhalten, wie das gebildete Beispiel zeigt, eine Verletzung der Grundsätze der Inneren Führung liegen. Eine derartige Mißachtung der Grundsätze der Inneren Führung stellt aber bereits einen Gesetzesverstoß dar. 2)

---

1) Eine Verletzung der Pflicht, Ermittlungen vorzunehmen, wird in der Literatur zu § 26 BDO als Dienstvergehen angesehen. vgl. Claussen-Jantzen § 26 Rdnr. 6

2)vgl. Jahresbericht 1966 S. 4:
"Die Grundsätze der inneren Führung sind nicht etwa bloße Ausbildungsrichtlinien oder Direktiven für die Menschenbehandlung, sondern gesetzliche Bestimmungen, die in einzelnen Gesetzen wie z. B. Soldatengesetz, Wehrbeschwerdeordnung, Wehrdisziplinarordnung u. a. enthalten sind. Deswegen wäre eine Verneinung der Grundsätze der inneren Führung ein Gesetzesverstoß."

Obwohl der Kompaniechef durch diese "Unterschreitung" der Disziplinarstrafgewalt nicht in die Rechte Einzelner eingreift, ist daher die Funktionsfähigkeit der Truppe so sehr in Mitleidenschaft gezogen, daß der Tatbestand des § 38 2. Altern. erfüllt ist. Das pflichtwidrige Absehen von Ermittlungen beim Verdacht eines Dienstvergehens ist somit als Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt anzusehen.

Zweifelhaft bleibt jedoch auch nach der Feststellung, daß ein Absehen von Ermittlungen eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt darstellen kann, ob ein Disziplinarvorgesetzter dadurch, daß er zunächst die notwendigen Ermittlungsverhandlungen vornimmt, dann aber pflichtwidrig von Strafe absieht, den Tatbestand des § 38 2. Altern. erfüllen kann.

Erst bezüglich dieser Frage könnte die Auffassung, daß das Nichteinschreiten keiner strafrichterlichen Nachprüfung unter dem Gesichtspunkt des § 38 WStG unterliege, da es sich um Entscheidungen im Rahmen der Ermessensfreiheit handele, 1) zutreffend sein, denn das Opportunitätsprinzip gilt für den Disziplinarvorgesetzten erst dann, wenn er nach Abschluß der Ermittlungen vor der Entscheidung steht, wegen eines Dienstvergehens einzuschreiten oder von Strafe abzusehen.

Dennoch ist dem Disziplinarvorgesetzten mit der Ermessensermächtigung nicht das Recht eingeräumt, willkürlich handeln zu können. 2)

Um diese Auffassung zu erläutern, ist ein Eingehen auf die allgemeine Problematik der Ermessensentscheidungen erforderlich. Es kann dabei ohne weiteres auf die in erster Linie für das Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden, denen wesensmäßig besteht zwischen den Ermessensentscheidungen im disziplinaren und strafrechtlichen Bereich und denen im Verwaltungsrecht kein Unterschied. 3)

Eigenart einer Ermessensermächtigung im Wehrdisziplinarrecht ist es, daß ein Disziplinarvorgesetzter bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen eine bestimmte Entscheidung, zum Beispielden Entschluß zur Verhängung einer Strafe, treffen kann, daß er es aber nicht muß, sondern auch auf jede Bestrafung verzichten kann. 4)

---

1) Schäfer § 38 Anm. 3
vgl. Lauerer S. 43
2) vgl. Germann S. 361
3) vgl. Germann S. 344
4) vgl. die Ausführungen zur dogmatischen Einordnung der Ermessensermächtigung bei Schmidt-Salzer in Verw. Archiv 1969, 267 ff

Trotz dieser an sich bestehenden Entscheidungsfreiheit ist die Ermessensausübung jedoch gewissen Schranken unterworfen. 1) So kann es dadurch, daß dem Disziplinarvorgesetzten auf Grund einer zwingenden gesetzlichen Regelung bezüglich eines Einzelfalles kein Handlungsspielraum mehr zusteht und nur eine Entscheidung rechtmäßig ist und jede andere fehlerhaft wäre, zu einer "Ermessensreduzierung auf Null" 2) und folglich zu einer vollen Rechtsbindung kommen. Zu denken ist dabei zum Beispiel an den Fall, daß ein Disziplinarvorgesetzter über den vorsätzlichen Bruch der Ausgangsbeschränkung durch einen Soldaten zu entscheiden hat. Für dieses Dienstvergehen schreibt § 23, I 2 WDO zwingend vor, daß es mit Arrest zu bestrafen ist. Will man den § 23 I, 2 WDO nicht als Durchbrechung des Opportunitätsprinzip ansehen, so bewirkt er doch zumindest eine vollständige Ermessensreduzierung. Sieht ein Disziplinarvorgesetzter beim vorsätzlichen Bruch der Ausgangsbeschränkung von Strafe ab, so ist seine Entscheidung rechtswidrig. Es besteht für ihn nämlich volle Rechtsbindung und damit auch gerichtliche Überprüfbarkeit.

Schon an diesem Beispiel zeigt sich, daß die Auffassung, die schlechthin keine richterliche Überprüfung einer Ermessensentscheidung im Disziplinarrecht zulassen will, unhaltbar ist.

Aber nicht nur in einem solchen Extremfall, in dem keine Handlungsfreiheit für den Disziplinarvorgesetzten mehr besteht, ist eine Ermessensentscheidung gerichtlich überprüfbar. Neben den durch die grundgesetzliche Wertordnung gesetzten Schranken 3) kann auch auf Grund gewisser Ermessensrichtlinien eine Ermessensbindung eintreten. 4) Die Einhaltung dieser Richtlinien kann ebenfalls gerichtlich überprüft werden. Zwar ist ein mit der Sache betrautes Gericht, wenn es die Ermessensentscheidung eines Disziplinarvorgesetzten zu beurteilen hat, nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Disziplinarvorgesetzten zu stellen, 5) dennoch darf die Entscheidung

---

1) vgl. Wolff § 32 II b 2
2) BVerwG NJW 1963, 1890 (1891)
   BVerwG 11, 95 (97)
   OVG Lüneburg in DVBl 1967, 779 (780)
3) vgl. BVerfGE 19, 394 (396)
4) vgl. Germann S. 353
5) vgl. Germann S. 344
   BVerwGE 3, 279 (281)
   BVerwGE 19, 149 (153)

des Disziplinarvorgesetzten auf Fehler hin, die über eine bloße Unzweckmäßigkeit hinausgehen, überprüft werden.

Die durch die Ermessensermächtigung dem Disziplinarvorgesetzten gewährte Wahlfreiheit soll ausschließlich der Ergänzung des gesetzgeberischen Willens dienen. 1) Der Gesetzgeber hat mit der WDO sein "ordnungspolitisches Gestaltungsermessen" noch nicht voll ausgeübt, sondern will sein Grundkonzept, die Aufrechterhaltung und Sicherung der Funktionsfähigkeit der Truppe, unter Beachtung der besonderen Umstände des Einzelfalles durch den Disziplinarvorgesetzten vollenden lassen. Mit seinem Grundkonzept hat der Gesetzgeber die Konturen dieser offengelassenen Wertung vorgezeichnet. 2) Dem Disziplinarvorgesetzten bleibt das Recht, aber auch die Pflicht vorbehalten, den vom Gesetzgeber bei der Ausübung seines Gestaltungsermessens offen gelassenen Teil auszufüllen, das heißt, die Bewertung der besonderen Umstände des Einzelfalles vorzunehmen. Bei dieser Vollendung des gesetzgeberischen Konzeptes hat sich der Disziplinarvorgesetzte der bereitgestellten Rechtsfolgenregelung zu bedienen.

Grundsätzlich ist der Disziplinarvorgesetzte im Rahmen dieser Wertung an die Beachtung von Sinn und Zweck des ermächtigenden Gesetzes und an die sonstigen Normen, wie den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder den Gleichbehandlungsgrundsatz gebunden.

Wenn er seine Ermessensfreiheit zu Zwecken mißbraucht, die durch das ermächtigende Gesetz nicht gedeckt sind, so vollendet er nicht den gesetzgeberischen Willen, der in der WDO wie im WStG darin liegt, die Funktionsfähigkeit der Truppe zu erhalten und zu fördern, 3) sondern nimmt eine Umgestaltung des gesetzgeberischen Willens und damit eine funktionswidrige Verwendung der eingeräumten Wahlfreiheit vor. 4)

Nur innerhalb des Normzweckes steht somit dem Disziplinarvorgesetzten ein Gestaltungsermessen zu und ist eine gerichtliche Überprüfung ausgeschlossen. Insofern gibt es tatsächlich einen "kontrollfreien Raum" 5) oder, wie er auch gele-

---

1) vgl. Schmidt-Salzer in Verw. Archiv S. 282
2) vgl. Schmidt-Salzer in Verw. Archiv S. 283
3) Von hierher gesehen kann man das Wehrstrafgesetz als überhöhtes Wehrdisziplinarrecht bezeichnen.
4) vgl. BVerfGE 9, 137
BVerfGE 18, 353 (363)
BVerwG in MDR 1968, 869
5) so Schmidt-Salzer in Verw. Archiv S. 281

gentlich genannt wird, einen "gerichtsfreien Beurteilungsspielraum". 1) Das bedeutet, daß die gerichtliche Kontrolle auf eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit beschränkt ist.

Die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Disziplinarvorgesetzten darf nicht dazu führen, daß der Richter den Gedankengang des Disziplinarvorgesetzten in vollem Umfang nachvollzieht oder etwa durch seine eigene Bewertung ersetzt, sondern die Entscheidung darf uneingeschränkt nur auf die Einhaltung der maßgebenden materiell- und verfahrensrechtlichen Regelungen überprüft werden. Hinsichtlich der Beurteilung der besonderen Umstände des Einzelfalles kann gerichtlich nur festgestellt werden, ob der gesetzliche Rahmen der Wertentscheidung falsch eingeschätzt ist, ob von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen wurde oder ob der Disziplinarvorgesetzte allgemeine Wertmaßstäbe verkannt beziehungsweise sachfremde Erwägungen angestellt hat. 2)

Zeigt sich bei der Rechtmäßigkeitskontrolle, daß der Disziplinarvorgesetzte pflichtwidrig keine Strafe verhängt hat, sei es auf Grund normfremder Erwägungen oder sei es unter Verletzung zwingender gesetzlicher Regelungen wie zum Beispiel § 23 I 2 WDO, so ist die Ermessensausübung des Disziplinarvorgesetzten fehlerhaft;seine Entscheidung ist rechtswidrig.

Da die vom Disziplinarvorgesetzten gefällte Entscheidung in Ausübung der Disziplinarstrafgewalt erfolgt, hat der Disziplinarvorgesetzte diese mißbraucht. Die Funktionsfähigkeit der Truppe wird durch die fehlerhafte Maßnahme in erheblichem Maße beeinträchtigt, wie schon bezüglich des Absehens von Ermittlungen am Beispiel gezeigt wurde. Es ist nicht von entscheidender Bedeutung, daß der Disziplinarvorgesetzte bei einem pflichtwidrigen Nichteinschreiten nicht zum Nachteil eines Untergebenen handelt, da auch ohne diesen Eingriff in die Rechte eines Einzelnen die Gefährdung der Funktionsfähigkeit der Truppe so erheblich sein kann, daß das in § 38 WStG geschützte Rechtsgut verletzt ist.

---

1) so BVerwGE 21, 130

2) vgl. BVerwGE 21, 130 m. w. N.
OVG Münster in NJW 1967, 1772
VGH Kassel in NJW 1969, 1189

Das Wort "Überschreiten" darf somit in § 38 2. Altern. WStG nicht wörtlich genommen werden. Auch ein "Unterschreiten" der Disziplinarstrafgewalt durch Nichteinschreiten im Falle eines Dienstvergehens stellt dann, wenn der Entscheidung des Disziplinarvorgesetzten eine Ermessensüberschreitung zu Grunde liegt, eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt dar.

(2) Fehler bei der Strafbemessung

In der Literatur wird zum Teil die Meinung vertreten, daß Fehler bei der Strafzumessung grundsätzlich nicht strafrechtlich verfolgt werden dürften, sondern höchstens die Eignung des Disziplinarvorgesetzten in Frage stellen könnten. 1)

Es wird somit in derartigen Fällen, wenn die Strafe bewußt oder unbewußt zu hoch oder zu niedrig ausfällt, ausschließlich auf eine disziplinare Ahndung verwiesen, mag auch der Disziplinarvorgesetzte bewußt das ihm eingeräumte Ermessen überschritten haben.

Ganz so weitgehend ist die von ARNDT zu dieser Frage vertretene Auffassung nicht. ARNDT 2) stellt nur die Forderung, daß ein Disziplinarvorgesetzter, der zwar objektiv eine unangemessene Strafe wähle, sich aber subjektiv durch die persönlichen Umstände des Beschuldigten hierzu berechtigt sehe, von der Gefahr richterlicher Verfolgung frei bleiben müsse.

Diese Forderung ist zwar an sich durchaus berechtigt, wird sie doch auf den Fall beschränkt, daß der Disziplinarvorgesetzte sich subjektiv zur Verhängung der Strafe berechtigt gesehen habe, also nicht vorsätzlich eine unangemessene Strafe verhängt. Bedenken müssen sich aber deswegen auch dieser Meinung gegenüber ergeben, weil ARNDT einen Fall bildet, in dem ohnehin keine Strafbarkeit gegeben sein kann, weil es am Vorsatz fehlt, diesen Fall aber zum Anlaß nimmt, die weitere Forderung zu stellen, daß ein Disziplinarvorgesetzter schon von der Gefahr richterlicher "Verfolgung" frei bleiben müsse, wenn die Strafe zwar grundsätzlich erlaubt, aber unangemessen ist.

Daß es bei dieser fehlerhaften Strafbemessung in der Regel nicht zu einer gerichtlichen Bestrafung kommen kann, erklärt sich schon aus der Schwierigkeit, dem Disziplinarvorgesetzten ein vorsätzliches Handeln nachzuweisen; daß aber bei zwar

---

1) Kohlhaas bei Erbs § 38 Anm. 3
Schäfer § 38 Anm. 3
2) Arndt S. 242

an sich erlaubten, jedoch unangemessenen Strafen grundsätzlich eine "gerichtliche Verfolgung" und damit zwangsläufig auch eine Bestrafung ausgeschlossen werden soll, fordert Widerspruch heraus. Allein die Tatsache, daß dem einem besonderen Gewaltverhältnis 1) unterworfenen Soldaten durch hoheitliche Betätigung Unrecht widerfährt, sollte Anlaß genug zu richterlicher Überprüfung sein.

Mit Recht weist ARNDT zwar darauf hin, daß es im Disziplinarrecht keine gesetzlichen Tatbestände mit festem Strafrahmen gebe und unter Umständen eine unterschiedliche Behandlung mehrerer an einem und demselben Disziplinarverstoß Beteiligter geboten sein könne, ja, daß der Ermessensspielraum des Disziplinarvorgesetzten es sogar erlaube, einen der Beteiligten straffrei ausgehen zu lassen, aber deswegen eine gerichtliche Bestrafung generell verhindern zu wollen, ist sicher unhaltbar.

Um diese Auffassung näher zu erläutern, muß noch einmal auf die allgemeine Problematik der Ermessensentscheidungen eingegangen werden.

Nach den allgemeinen Grundsätzen im Verwaltungsrecht liegt eine Ermessensüberschreitung dann vor, wenn eine Rechtsfolgegewählt wird, die das Gesetz abstrakt, das heißt vom Wortlaut des Gesetzes her betrachtet, nicht zuläßt. Welche Rechtsfolgen zulässig sind, wird vom Gesetz durch Aufstellung eines Handlungsrahmens bestimmt. In der WDO wird der Handlungsrahmen durch den Strafkatalog der §§ 10, 43 WDO umrissen.

Im Falle einer Ermessensüberschreitung hält sich die angeordnete Rechtsfolge nicht innerhalb des Handlungsrahmens. 2)

Bei einer disziplinaren Bestrafung ist somit eine Ermessensüberschreitung dann anzunehmen, wenn eine in der WDO nicht vorgesehene Strafe verhängt wird. Daß dieser Fall unter dem Gesichtspunkt des § 38 2. Altern. WStG strafrechtlich relevant ist, wurde bereits erörtert. Schwierigkeiten treten erst in dem Fall auf, der im Verwaltungsrecht gelegentlich als "Ermessensmißbrauch" oder "Ermessensfehlgebrauch" bezeichnet wird. Ein solcher liegt vor, wenn von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden

---

1) vgl. die Definition bei Schütz in DÖD 1968, 1 ff, die mit der Abwandlung, daß der Soldat dieses Verhältnis nicht freiwillig begründet, auf das militärische Gewaltverhältnis in vollem Umfange übertragen werden kann:
"Das Beamtenverhältnis ist ein besonderes Gewaltverhältnis i. S. eines freiwillig eingegangenen, durch die Disziplinargewalt des Dienstherrn gesicherten, auf Leistung von Diensten unter vollem Einsatz der Persönlichkeit gerichteten Über- und Unterordnungsverhältnisses im Rahmen der staatlichen Organisation mit Pflichten und Rechten sowohl des Beamten als auch des

Dienstherren ohne einseitige Willkür."
2) vgl. Wolff § 32 II b 2

Weise Gebrauch gemacht wird. 1)

Dieser allein im Fragenkreis der Strafzumessung interessante Fall der fehlerhaften Ermessensentscheidung, der Ermessensfehlgebrauch, ist im Disziplinarrecht dann gegeben, wenn die Erwägungen und Umstände, die zu der Entscheidung des Disziplinarvorgesetzten geführt haben, von der Rechtsordnung mißbilligt werden, wenn also normfremde Erwägungen eine Rolle spielten oder verbindlichen Ermessensrichtlinien zuwidergehandelt wurde 2) und daher die Strafzumessung objektiv fehlerhaft ausfiel.

Überwiegend wird von der Literatur die Meinung vertreten, daß ein Disziplinarvorgesetzter, der bestehende Richtlinien für die Strafzumessung mißachtet oder sachfremde Erwägungen anstellt und dadurch ein Dienstvergehen härter bestraft als allgemein üblichoder angemessen, nicht seine Strafgewalt überschreite, vorausgesetzt, er hält sich im Rahmen seiner Strafbefugnisse, er verhängt also eine Strafe, für die er an sich sachlich zuständig ist. 3)

Diese Auffassung verkennt jedoch anscheinend, daß die Strafbefugnis des Disziplinarvorgesetzten ausschließlich das Recht umfaßt, dann, wenn ein Dienstvergehen durch einen Untergebenen begangen worden ist, nach pflichtgemäßem Ermessen eine in der WDO vorgesehene Rechtsfolge zu ergreifen. Wenn er bewußt sein

---

1) vgl. § 114 VWGO
2) vgl. Wolff § 32 b II 2 m. w. N.
3) Arndt S. 24o
Dreher § 38 Anm. 14
Gösser S. 33
Lauerer S. 43

Ermessen mißbraucht und aus sachfremden Gründen eine zu hohe Strafe verhängt, so überschreitet er diese Befugnis, gleichgültig, ob die Strafe an sich zulässig ist oder nicht. 1)

Genauso wenig wie es bei der Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt darauf ankommt, ob die ausgesprochene Strafe von einem Berechtigten an sich verhängt werden dürfte, kommt es auch bei der Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt nicht darauf an, ob die Strafe an sich im Rahmen der sachlichen Zuständigkeit des Täters liegt.

Wenn somit ein Disziplinarvorgesetzter aus sachfremden Erwägungen heraus oder unter Verstoß gegen bindende Ermessensrichtlinien eine zu hohe Strafe verhängt, so überschreitet er seine Strafbefugnisse und erfüllt den Tatbestand des § 38 2. Altern. WStG. 2)

---

1) vgl. Claussen-Jantzen § 3 Rdnr. 2:

> "denn nur bis zu dieser aus dem Gesetzeszweck ableitbaren Grenze reicht die dem Dienstherren vom Gesetzgeber erteilte Ermächtigung zur Maßregelung seiner Beamten. Jede andere, dieses Ziel außer Acht lassende Erwägung, wie etwa persönliche Zu- oder Abneigung, private Interessen des Beamten oder des Dienstvorgesetzten erweist sich damit als rechtswidrig und willkürlich."

2) So ist auch für den Tatbestand der Rechtsbeugung (§ 336 StGB) anerkannt, daß eine Tatbestandserfüllung auch bei allen Ermessensentscheidungen, insbesondere bei der Strafzumessung und sogar bei überpositiven, ungeschriebenen Rechtsnormenmöglich ist. vgl. BGHSt 10, 300; Schönke-Schröder § 336 Rdnr. 4 m. w. N.
Es besteht daher kein Grund, eine Überprüfung von Ermessensentscheidungen des Disziplinarvorgesetzten, der in etwa eine richterliche Funktion ausübt, generell auszuschließen.

Anders ist es jedoch, wenn er auf Grund einer fehlerhaften Ermessensentscheidung eine zu niedrige Strafe verhängt, also zum Beispiel den Bruch der Ausgangsbeschränkung entgegen § 23 I 2 WDO statt mit Arrest nur mit einer Geldstrafe verhängt. Durch ein solches Verhalten des Disziplinarvorgesetzten ist die Funktionsfähigkeit der Truppe nicht so entscheidend gestört, daß diese "Unterschreitung" der Disziplinarstrafgewalt den Tatbestand des § 38 2. Altern. erfüllen könnte, zumal kein Eingriff in die Rechte des Einzelnen vorliegt. Wenn allerdings die Bemessung der Strafe in so krassem Mißverhältnis zur Schwere des Dienstvergehens steht, daß die "Bestrafung" einem Nichteinschreiten gleichkommt, kann auch in einem solchen Fall eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt vorliegen.

(3) Die Praxisänderung

Bei der Überprüfung der Frage, ob ein Disziplinarvorgesetzter einer bindenden Ermessensrichtlinie zuwider gehandelt hat, kann das Problem der Praxisänderung auftreten. 1)

Es könnte die Auffassung vertreten werden, daß ein Disziplinarvorgesetzter, wenn er einmal ein bestimmtes Dienstvergehen mit einer bestimmten Disziplinarstrafe belegt hätte, in allen folgenden Fällen, in denen ein gleiches Dienstvergehen vorliegt, zur Verhängung der im ersten Fall ausgeworfenen Strafe verpflichtet wäre. Artikel 3 GG könnte zu einer Bindung des Disziplinarvorgesetzten und damit zu einer Ausschaltung seiner Wahlfreiheit führen. 2)

Diese Meinung würde allerdings zu wenig berücksichtigen, daß dem Disziplinarvorgesetzten durch die Einräumung der Ermessensfreiheit das Anpassen seiner Entscheidung an die Besonderheiten des Einzelfalles ermöglicht werden soll. Zwar unterliegt die Ermessensausübung einer Beschränkung insofern, als sich der Disziplinarvorgesetzte nicht grundsätzlich unter Berufung auf die eingeräumte Wahlfreiheit der Bindung an den Gleichheitssatz entziehen kann, aber dem Disziplinarvorgesetzten

---

1) vgl. zum Begriff "Praxisänderung" Schmidt-Salzer Verw. Archiv 1969, 379
2) vgl. BVerfGE 9, 137 (150)

muß es möglich sein, neue Bewertungsfaktoren, zu denen man sogar schlechte Erfahrungen mit den bisher verhängten Strafen zählen kann, zu berücksichtigen.

Auch kann dem Disziplinarvorgesetzten nicht die Möglichkeit genommen werden, etwa bei früheren Entscheidungen übersehene Gesichtspunkte bei späteren Entscheidungen zu berücksichtigen. Trotz der grundsätzlichen Bindung an den Gleichheitsgrundsatz ist daher eine Praxisänderung zulässig.

Allerdings kann ein völlig unmotiviertes Abweichen von der bisher in gleichgearteten Fällen geübten Praxis eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes und damit einen erheblichen Ermessensmißbrauch bedeuten. 1)

Die Garantiefunktion des Art. 3 GG verlangt nämlich, daß nur bei Vorliegen besonderer Gründe eine Entscheidung des Disziplinarvorgesetzten von denen in gleicher Lage bisher getroffenen Entscheidungen abweichen darf. 2)

Dem Disziplinarvorgesetzten steht somit nur Wahlfreiheit, das heißt Ermessensspielraum für eine abweichende Entscheidung zu, wenn die "tatbestandliche Voraussetzung" der "wichtigen Gründe" gegeben ist, 3) wobei als wichtiger Grund in diesem Sinne aber im Disziplinarrecht jeder sachliche Grund, eine abweichende Entscheidung zu treffen, anzusehen ist.

Da es sich bei den so verstandenen "wichtigen Gründen" um einen unbestimmten Rechtsbegriff 4) handelt, ist das Vorliegen wichtiger Gründe, von dem der Wiedereintritt der Wahlfreiheit für den Disziplinarvorgesetzten abhängt, gerichtlich in vollem Umfange überprüfbar.

Ein Disziplinarvorgesetzter, der grundlos von einer bisher ständigen geübten Praxis abweicht und einen Untergebenen härter bestraft als bisher üblich, überschreitet daher seine Disziplinarstrafgewalt, da er einer verbindlichen Ermessensrichtlinie zuwider handelt.

---

1) Germann S. 353
2) vgl. BVerwGE 5, 79 (81)
OVG Münster in JZ 1951, 119
BVerwG in JR 1967, 238
3) vgl. Schmidt-Salzer in Verw. Archiv 1969, 280
4) vgl. zum Begriff: BVerwGE 5, 153 (162)
BVerwGE 15, 39 (40)
BVerwG in DVBl 1969, 4o4 (4o5)

III. Die Schuld (bei § 38 1. Altern. und 2. Altern. WStG)

Die Tat nach § 38 WStG ist in ihren beiden Alternativen nur dann strafbar, wenn sie vorsätzlich begangen worden ist. Für die erste Alternative ist schon durch das Wort "anmaßt" hervorgehoben, daß sich der Täter bewußt sein muß, die Disziplinarstrafgewalt nicht zu besitzen, die er in Anspruch nimmt. 1)

Das Gleiche gilt aber auch für die zweite Alternative des § 38. Auch für das Überschreiten der Disziplinarstrafgewalt ist Voraussetzung, daß sich der Täter der Grenzen seiner Disziplinarstrafgewalt bewußt ist und diese auch bewußt überschreitet. Bedingter Vorsatz reicht bei beiden Begehungsformen des § 38 aus.

Bei einem Irrtum über den Umfang der Befugnisse kann eine Strafbarkeit entfallen. 2) Als Tatumstände im Sinne des § 59 StGB, der über § 3 Absatz 1 WStG Anwendung findet, müssen nämlich bei Irrtumsfragen alle auch außerhalb der strafrechtlichen Normen bestehenden Vorschriften angesehen werden, gleichgültig, ob sie auf Gesetz, Dienstvorschriften oder Befehlen beruhen. 3)

IV. Konkurrenzen

§ 38 tritt hinter § 39 WStG zurück. Diese subsidiäre Geltung ist im § 38 ausdrücklich gesetzlich verankert.

Tateinheit ist denkbar mit Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) und mit Mißhandlung 4) sowie entwürdigender Behandlung Untergebener (§§ 30, 31 WStG).

Wenn auch die Entscheidung über die Ahndung eines Dienstvergehens als Entscheidung über eine Rechtssache im Sinne des

---

1) vgl. Rittau § 38 Anm. 8
Arndt S. 240
2) Arndt S. 241
3) vgl. RMG 16, 22
RMG 6, 103
Schwinge § 120 Anm. IV
4) vgl. RMG 18, 122

§ 336 StGB angesehen werden kann, 1) so sind Soldaten dennoch nicht nach dieser Vorschrift wegen Rechtsbeugung strafbar. Das ergibt sich aus der gesetzlichen Bestimmung des § 48 WStG, welche § 336 StGB nicht ausdrücklich als auf Soldaten anwendbar erklärt. Eine derartige Regelung wäre aber erforderlich, denn Soldaten sind keine Beamten. Zwar könnte man an sich Soldaten, als Personen, die zu Dienstverrichtungen berufen sind, die aus der Staatsgewalt abgeleitet werden, als Beamte im strafrechtlichen Sinne gemäß § 359 StGB ansehen, aber diese Möglichkeit ist von der Rechtsprechung zu Recht als nicht dem Wesen des Soldatenstandes entsprechend stets abgelehnt worden. 2)

B) Der Mißbrauch der Disziplinargewalt gemäß § 39 WStG

I. Das Verhältnis des § 39 zu § 38

§ 39 WStG stellt wie § 38 den Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt unter Strafe. Allerdings werden mit § 39 Abs. 1 vier besonders schwere Fälle mißbräuchlicher Ausübung der Disziplinarstrafgewalt erfaßt. Ein Disziplinarvorgesetzter wird nach § 39 Abs. 1 mit Strafe bedroht, wenn er nicht nur seine Disziplinarstrafgewalt überschreitet, was bereits nach § 38 strafbar wäre, sondern wenn er seine Disziplinarstrafgewalt in besonders hohem Maße mißbräuchlich ausübt, 3) wenn also eine der in § 39 aufgeführten Qualifizierungen vorliegt.

Aus der in der Regel für § 39 WStG verwandten Überschrift "Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt" darf nicht der Schluß gezogen werden, daß über den Verstoß gegen die einzelnen Nummern des Absatzes 1 hinaus ein besonderer Mißbrauch gegeben sein müsse; 4) allerdings betrifft § 39 nur die Überschreitung

---

1) vgl. OLG Kassel HESt 2, 180
2) vgl. RMG 22, 136
RGSt 60, 94
OGHST 3, 136
BGHSt 10, 294
3) vgl. Dreher § 39 Anm. 1
Pfleiderer § 39 I 1
4) Dreher § 39 Anm. 5

der Disziplinarstrafgewalt im Sinne des § 38 2. Altern. und nicht deren Anmaßung, selbst wenn sie im übrigen unter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 - 4 bezeichneten Voraussetzungen erfolgt. 1)

§ 39 WStG ersetzt ebenso wie § 38 den § 336 StGB, dessen Anwendbarkeit dadurch, daß § 48 WStG ihn nicht aufführt, ausgeschlossen ist. 2)

In § 39 WStG wird der Begriff "Disziplinarstrafe" nicht nur im formellen Sinne gebraucht, sondern insofern auch im materiellen Sinne, als bei § 39 Abs. 1 Nr. 3 zum Beispiel von Disziplinarstrafen gesprochen wird, die ihrer Art nach nicht im Gesetz vorgesehen sind.

II. Der Täterkreis des § 39 Absatz 1

Der Täterkreis des § 39 Abs. 1 deckt sich mit dem des § 38 2. Altern., das heißt, daß der Tatbestand des § 39 Abs. 1 ebenfalls nur von einem Disziplinarvorgesetzten erfüllt werden kann.

Zu beachten ist wie bei § 38 2. Altern., daß der Täter auch gerade Disziplinarvorgesetzter desjenigen sein muß, gegen den sich seine Strafe oder Maßnahme richtet. Geht ein Disziplinarvorgesetzter gegen einen seiner Disziplinargewalt nicht unterstellten Soldaten mit einer Strafe vor, so greift er damit in die Befugnis eines anderen Disziplinarvorgesetzten ein, überschreitet aber gegenüber diesem Soldaten nicht seine Strafbefugnisse, da er ihm gegenüber gar keine besitzt, sondern sich nur solche anmaßen kann.

Wenn zum Beispiel ein Kompaniechef unbefugt einen Soldaten einer anderen Kompanie mit einer unerlaubten Maßnahme bestraft, so liegt kein Fall des § 39 vor, sondern nur eine

---

1) Schäfer § 39 Anm. 1
2) vgl. Rittau § 39 Anm. 1

Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt im Sinne des § 38 1. Altern. WStG. 1)

Zwar überschreitet dieser Disziplinarvorgesetzte mit seiner Handlung auch seine Befugnisse, denn er ist nur befugt, Soldaten zu bestrafen, die seiner Disziplinarstrafgewalt unterstehen - bestraft er andere, so geht er über diese Befugnisse hinaus - aber von dem betroffenen Soldaten aus gesehen - und nur dieser Blickwinkel ist für die Frage ob Anmaßungoder Überschreitung entscheidend - maßt sich der Kompaniechef Befugnisse an, da er ihm gegenüber keine besitzt.

Daß der Täter des § 39 Abs. 1 Disziplinarvorgesetzter des von der Strafe oder Maßnahme Betroffenen sein muß, ergibt sich auch aus einer Berücksichtigung des im § 39 festgesetzten Strafrahmens in Verbindung mit den durch das Wehrstrafgesetz geschützten Interessen. Ein Disziplinarvorgesetzter steht in der Regel in einem besonders engen und persönlichen Verhältnis zu einem Soldaten, der seiner Disziplinargewalt untersteht. Verletzt ein derartiger Vorgesetzter seine Befugnisse, so ist damit eine schwerwiegendere Verletzung des Vertrauens der Untergebenen und das Erfordernis einer höheren Bestrafung gegeben, als wenn ein Außenstehender sich Disziplinarbefugnisse anmaßt, selbst wenn er anderen gegenüber Disziplinarvorgesetzter ist. 2)

III. Die vier Fälle des § 39 Abs. 1 WStG

1. Die Verhängung einer Disziplinarstrafe gegen einen Unschuldigen (§ 39Abs. 1 Nr. 1)

In § 39 Abs. 1 Nr. 1 ist die Verhängung einer Strafe gegen einen Unschuldigen unter Strafe gestellt. § 39 Abs. 1 Nr. 1 bildet das für militärische Erfordernisse ausgestaltete Gegenstück zum § 344 StGB, unterscheidet sich aber insofern, als nicht die un-

---

1) vgl. Schreiber § 39 Anm. 2

2) vgl. Dreher § 39 Rdnr. 2: "Der Unterschied liegt darin, daß im ersten Fall ein leichter behebbarer Eingriff in fremde Strafgewalt bestraft wird, im zweiten Fall aber die Rechtsbeugung in der vom Täter rechtmäßig ausgeübten Funktion."

zulässige Verfolgung, sondern die unzulässige Bestrafung eines Unschuldigen mit Strafe bedroht wird.

a) Der Begriff "Unschuldiger"

(1) Dienstvergehen als Bezugsobjekt der Schuld

Grundsätzlich sind der strafrechtliche und der disziplinarrechtliche Schuldvorwurf nicht wesensverschieden, 1) so daß für die Frage, ob der Bestrafte schuldig oder unschuldig war, die allgemeinen auch im Strafrecht gültigen Grundsätze gelten. Es stellen sich jedoch einige besondere Fragen, weil das Bezugsobjekt der Schuld beziehungsweise der Nichtschuld immer ein Dienstvergehen sein muß.

Wann bei einem Soldaten ein Dienstvergehen vorliegt, ergibt sich aus der Regelung des § 23 SG. Nach dieser Bestimmung stellt die schuldhafte Verletzung dienstlicher Pflichten ein Dienstvergehen dar.

Die Pflichten des Soldaten ergeben sich aus den §§ 6 - 22 SG. In der Vorschrift des § 7 SG ist die Grundpflicht des Soldaten, der Bundesrepublik Deutschland treu zu dienen und das Recht und die Freiheit des deutschen Volkes tapfer zu verteidigen, besonders herausgestellt. Diese soldatische Generalpflicht des "treuen Dienens" muß zumindest verletzt sein, damit ein Soldat nicht im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 unschuldig ist.

Bei § 39 Abs. 1 Nr. 1 kommt es auf die tatsächliche Schuldlosigkeit des bestraften Soldaten an. Die bloße Annahme des Disziplinarvorgesetzten, einen Unschuldigen zu bestrafen, reicht für die Tatbestandserfüllung nicht aus. Ist der Bestrafte tatsächlich schuldig, obwohl der Disziplinarvorgesetzte die Bestrafung in dem Glauben vorgenommen hat, daß der Bestrafte unschuldig sei, so liegt nur ein strafloser Versuch vor.

(2) Das außerdienstliche Verhalten

Ob ein Verhalten als Dienstvergehen zu werten ist, läßt sich nicht immer eindeutig bestimmen. Zweifel treten namentlich bei dem außerdienstlichen Verhalten auf. 2)

Während die Vorschriften des Soldatengesetzes, soweit sie das

---

1) Schütz S. 88
2) vgl. die Ausführungen bei Claussen-Jantzen Einl. C 58 - 67

Verhalten der Soldaten innerhalb des Dienstes betreffen, hinreichend klar und bestimmt sind, bedarf der § 17 SG, der auch das Verhalten des Soldaten außer Dienst betrifft - das kann an dieser Stelle angemerkt werden - auf Grund seiner vagen und unbestimmten Fassung einer Änderung. Es ist einem Soldaten, zumal, wenn er keine juristische Vorbildung hat, kaum möglich, der Bestimmung des § 17 SG zu entnehmen, wann sein außerdienstliches Verhalten ein Dienstvergehen darstellt. Die Fassung des § 17 Abs. 2 SG

> " Sein Verhalten muß dem Ansehen der Bundeswehr so wie der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Dienst als Soldat erfordert. "

benötigt eine Anpassung, die der grundlegend veränderten Stellung, die die Bundeswehr im System der Gewalten in der Bundesrepublik einnimmt, Rechnung trägt. 1)

Nach dem durch die Neufassung des § 77 BBG für den materiellen Begriff des Dienstvergehens eines Beamten außerhalb des Dienstes festgelegt wurde, daß nur dann ein Dienstvergehen anzunehmen ist, wenn das Verhalten des Beamten außerhalb des Dienstes nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maße geeignet ist, Achtung und Vertrauen in einer für sein Amt oder das Ansehen des Beamtentums bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen, sollte auf Grund des gewandelten soziologischen Verständnisses des Soldatenstandes auch der § 17 SG eine einschränkende Klärung erfahren. Bei der jetzigen Regelung besteht im Falle der disziplinaren Ahndung eines außerdienstlichen Verhaltens die Gefahr, daß ein Unschuldiger bestraft wird. Zumindest in den Fällen, in denen das außerdienstliche Verhalten nicht gleichzeitig eine Straftat ist, wird dem Täter häufig das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlen.

Dieses Bewußtsein der Rechtswidrigkeit muß aber vorhanden sein, da gemäß § 23 Abs. 1 SG nur dann ein Dienstvergehen begangen wird, wenn der Täter schuldhaft seine Pflichten verletzt.

Mit der erforderlichen Neugestaltung des § 17 SG muß klargestellt werden, daß nur dann ein Dienstvergehen bei einem außerdienstlichen Verhalten vorliegt, wenn die Verfehlung in der Öffentlichkeit begangen wurde oder in der Öffentlichkeit bekannt geworden ist oder geeignet war, 2) der Öffentlichkeit bekannt zu werden; 3) wenn ferner auf Grund der Dienststellung des

---

1) vgl. BVerwG (Erster Wehrdienstsenat) in ZBR 1968, 130
An dieser Entscheidung wird deutlich, daß auf Grund des Wortlauts des § 17 SG anscheinend keine überzeugende Feststellung eines außerdienstlichen Fehlverhaltens möglich ist.

2) BDHE 7, 49
3) vgl. Behnke S. 117
Lindgen I. Bd. S. 744

Täters Rückschlüsse auf die Bundeswehr zu erwarten sind. 1) Nicht in jedem Fall wird nämlich ein außerdienstliches Verhalten eines Soldaten auf die Bundeswehr bezogen, sondern häufig erst dann, wenn der Täter seiner dienstlichen Stellung nach Ausbilder oder Vorgesetzter ist und die Verfehlung Zweifel an der dienstlichen Zuverlässigkeit begründet.

Mit einem Dienstvergehen, gleichgültig, ob es sich um dienstliches oder außerdienstliches Verhalten handelt, braucht nicht immer gleichzeitig ein Straftatbestand erfüllt zu sein; 2) ein Soldat kann Dienstpflichten verletzen, ohne gleichzeitig strafrechtliche Tatbestände zu erfüllen. 3)

Stellt das Dienstvergehen allerdings gleichzeitig eine Straftat dar, so kann es, selbst wenn das Gericht von einer Bestrafung absieht, weil zum Beispiel eine Bagatellsache im Sinne des § 153 StPO vorliegt, unabhängig von der Entscheidung bezüglich der Straftat, als Dienstvergehen geahndet werden. Auch in dem Fall, daß beispielsweise bei einer Beleidigung der beleidigte Vorgesetzte keinen Strafantrag stellt und damit eine gerichtliche Verfolgung ausgeschlossen ist, ist der Täter dennoch eines Dienstvergehens schuldig, 4) und kann disziplinar bestraft werden.

---

1) vgl. BDH in ZBR 1961, 384
OVG Münster (Disz. Senat) in ZBR 1965, 78
OVG Münster in ZBR 1966, 35
2) Häufig wird jedoch bei schwereren Dienstvergehen zumindest ein wehrstrafrechtlicher Tatbestand erfüllt sein, da - wie bereits ausgeführt - das Wehrstrafrecht nichts anderes als ein überhöhtes Disziplinarrecht darstellt.
3) beachte die Stellungnahme des BDH zu den außerdienstlichen Pflichten eines Beamten, BDHE 1, 55 (60)
4) vgl. Kranzbühler S. 29

(3) Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe

Vereinzelt wird in der Literatur in Frage gestellt, ob dann, wenn das militärische Dienstvergehen keine Straftat ist, das System der strafrechtlichen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe angewandt werden könne 1)

Diese Zweifel sind aber unangebracht, denn die Begriffe Rechtswidrigkeit und Schuld sind im Disziplinarrecht und Strafrecht identisch, wobei allerdings zu beachten ist, daß im Disziplinarrecht etwaige Rechtfertigungsgründe bereits beim Tatbestand zu prüfen sind. 2) Ein pflichtwidriges Handeln liegt nämlich bereits dann nicht mehr vor, wenn Rechtfertigungsgründe eingreifen.

Weitere Besonderheiten können sich in Grenzfällen, zum Beispiel im Fall einer an sich rechtfertigenden oder schuldausschließenden Pflichtenkollision insofern ergeben, als im besonderen Gewaltverhältnis der Bundeswehr teilweise gesteigerte Pflichten bestehen. Damit wird jedoch das System der Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe grundsätzlich nicht durchbrochen. Der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstandes zum Beispiel greift bei einem Soldaten, der die Verschwiegenheitspflicht zur Verhinderung eines Verstoßes gegen die verfassungsmäßige Ordnung verletzt hat, genauso ein, wie bei einem Beamten, für den dieser Fall vom Bundesgerichtshof bereits entschieden worden ist. 3)

Unschuldig im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 ist daher auch ein Soldat, der die ihm zur Last gelegte Tat zwar begangen hat, sich aber auf Rechtfertigungsgründe berufen kann. 4)

---

1) vgl. Dreher § 39 Anm. 6

2) vgl. Claussen-Jantzen Einl. B 11 - 12

   Der BDH hat im 3. Bd. S. 130 in seiner grundlegenden Entscheidung darauf hingewiesen, daß der Gesichtspunkt der Interessenwahrnehmung schon bei der "Feststellung" des Dienstvergehens mitberücksichtigt werden müsse.
   vgl. auch BDH in ZBR 1967, 228

3) BGH in NJW 1966, 1227

4) Rittau § 39 Anm. 3 I
   v. Richthofen § 39 Anm. 1
   Schäfer § 39 Anm. 3

Beispiel: Unteroffizier U führt einen Befehl nicht aus, weil ihm nachträglich von einem anderen Vorgesetzten ein gegenteiliger Befehl gegeben wurde, obwohl U den zweiten Vorgesetzten auf den entgegenstehenden ersten Befehl hingewiesen hat. 1)

Das gleiche gilt für den Fall, daß dem Beschuldigten Schuldausschließungsgründe zustehen. 2)

Beispiel: Schütze S überschreitet seinen Wochenendurlaub, weil der Zug, mit dem er an sich rechtzeitig angekommen wäre, infolge von Schneeverwehungen erhebliche Verspätung hatte.

(4) Materieller und prozessualer Unschuldsbegriff

Der einfachste Fall des § 39 Abs. 1 Nr. 1 ist der, daß ein Disziplinarvorgesetzter einen Soldaten bestraft, obwohl er weiß, daß ein anderer die Tat, die dem Bestraften zur Last gelegt wird, begangen hat. 3) Daß der Disziplinarvorgesetzte hier einen Unschuldigen bestraft, versteht sich von selbst.

Zweifel ergeben sich jedoch in dem Fall, daß ein Soldat das ihm vorgeworfene Dienstvergehen zwar begangen hat, daß aber seit seiner Pflichtverletzung, welche nicht so schwerwiegend war, daß sie eine Laufbahnstrafe gerechtfertigt hätte (vgl. § 7 Abs. 2 WDO), drei Monate verstrichen sind.

Das Landgericht Memmingen hat in einer Entscheidung, die den vergleichbaren § 344 StGB betraf, die Unschuld des Bestraften verneint, obwohl die Tat bereits verjährt war. 4) Der Täter einer Straftat, deren Verfolgung verjährt sei, sei nicht unschuldig, denn die Verjährung berühre nicht den sachlichen Inhalt der Schuld, sondern ausschließlich die Verfolgbarkeit der Straftat. Diese Entscheidung ist auf Ablehnung gestoßen. Mit § 344 StGB werde nicht nur der Schutz des Unschuldigenim materiellen Sinne angestrebt, sondern die Vorschrift solle gewährleisten, daß nur "derjenige einer Bestrafung zugeführt wird, für den die Gesamtheit der Normen in ihrem Zusammenspiel die Bestrafung vorschreibt und zuläßt. 5)

---

1) vgl. das Beispiel von Schreiber § 39 Anm. 3
2) vgl. BDH 3, 125 (129)
vgl. auch die Ausführungen zu den Schuldausschließungsgründen im Disziplinarrecht, Claussen-Jantzen Ein. B 14 - 17 m. w. N.
3) vgl. das Beispiel von Schreiber § 39 Anm. 3
4) LG Memmingen in NJW 1961, 571
5) vgl. die ablehnende Anmerkung von Rutkowsky in NJW 1961, 571

Als unschuldig im Sinne des § 344 StGB wird daher nach überwiegender M einung auch jeder Verfolgte angesehen, dem Rechtfertigungs- oder Schuldausschließungsgründe, persönliche Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe zur Seite stehen oder dessen Verfolgung wegen Amnestie oder Verjährung unzulässig ist. 1)

Diese Auslegung des Unschuldsbegriffes bietet sich an sich auch für § 39 Abs. 1 Nr. 1 an. Die Funktionsfähigkeit der Truppe verlangt nämlich nicht nur, daß die Bestrafung eines sachlich unschuldigen Soldaten unterbleibt, sondern es muß gewährleistet werden, daß nur derjenige disziplinar bestraft wird, dessen Bestrafung bei Beachtung aller Vorschriften zulässig und notwendig ist. Es kommt dabei nicht darauf an, ob der Verfolgte die Tat nicht begangen hat, ob er gerechtfertigt oder nicht verantwortlich ist oder ob Strafausschließungs- oder Aufhebungsgründe bestehen. Selbst wenn der Verfolgung nur ein gesetzliches Hindernis entgegensteht, darf eine Bestrafung nicht erfolgen; der Verfolgte muß als Unschuldiger im prozessualen Sinne angesehen werden.

Genauso wie bei § 344 StGB ist zwar diese Auslegung mit dem Wortsinn vereinbar, dennoch verbietet sich aber ein derartiges rein prozessuales Verständnis des Begriffs "Unschuldiger" in § 39 Abs. 1 WStG, weil der Gesetzgeber ausdrücklich den Fall, daß der Verfolgung ein gesetzliches Hindernis entgegensteht, in § 39 Abs. 1 Nr. 2 erfaßt hat. Wollte man dennoch "unschuldig" in § 39 Abs. 1 Nr. 1 so verstehen, daß diese Eigenschaft auf jeden Soldaten zutrifft, gegen den ein Disziplinarverfahren mit dem Ergebnis der Bestrafung, gleichgültig aus welchen Gründen auch immer, nicht durchgeführt werden darf, so wäre eine Abgrenzung zu § 39 Abs. 1 Nr. 2 nicht möglich.

Die Fälle, daß der Verfolgung eines Dienstvergehens ein Hindernis entgegensteht und dennoch bestraft wird, müssen daher unter § 39 Abs. 1 Nr. 2 erfaßt werden. 2)

(5) Zweifel an der Unschuld

Wenn für § 39 WStG auf Seiten des Disziplinarvorgesetzten ein

---

1) Schönke-Schröder § 344 Rdnr. 4
Schwarz-Dreher § 344 2 B
Rutkowsky in NJW 1961, 571 m. w. N.
2) vgl. Schäfer § 39 Anm. 1

Handeln wider besseren Wissen vorausgesetzt wird, kann das zu der Annahme verleiten, daß eine Strafbarkeit nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bereits dann entfalle, wenn der Disziplinarvorgesetzte Zweifel an der Täterschaft des Beschuldigten oder dem Vorliegen irgendwelcher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe habe, also nicht positiv wisse, ob der Beschuldigte unschuldig sei. 1)

Gegen diese Auffassung ergeben sich aber Bedenken, weil nach dem im Strafrecht anerkannten Grundsatz "in dubio pro reo" ein Beschuldigter, solange Zweifel an seiner Täterschaft bestehen, als Unschuldiger zu behandeln ist.

Der im Strafrecht geltende Schuldgrundsatz besagt, daß nur der wirklich Schuldige Strafe verdiene und daher jeder straflos ausgehen müsse, dessen Schuld nicht zweifelsfrei feststehe und der daher möglicherweise unschuldig sei. 2) Insofern bedeutet der Grundsatz "in dubio pro reo" nichts anderes als die Umkehrung des Satzes, daß niemand ohne eindeutige Feststellung seiner Schuld verurteilt werden darf. 3)

Eine Anwendung des Schuldprinzips und damit des Grundsatzes "in dubio pro reo" im Disziplinarrecht hätte zur Folge, daß bei Vorliegen von Zweifeln bezüglich der Schuld der Beschuldigte wie ein Unschuldiger zu behandeln wäre. Ein Disziplinarvorgesetzter, der in einem solchen Fall eine Strafe verhängen würde, obwohl er weiß, daß der Beschuldigte objektiv nicht als überführt angesehen werden kann, 4)würde wider besseres Wissen einen Unschuldigen bestrafen, da der Beschuldigte auf Grund der Tatsache, daß er nicht bestraft werden darf, als unschuldig anzusehen ist, selbst, wenn er möglicherweise materiellrechtlich schuldig sein sollte.

---

1) Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 3
2) Dreher § 39 Anm. 6
3) vgl. BGHSt 18, 275
   Seibert in JZ 1964, 617
4) OLG Köln in NJW 1968, 2119
   Als objektiv nicht überführt ist ein Beschuldigter dann anzusehen, wenn jeder Vernünftige und Einsichtige nach dem Beweisergebnis zu der Erkenntnis gelangen muß, daß Zweifel an der Schuld des Beschuldigten bestehen.

Zweifelhaft ist aber, ob eine uneingeschränkte Geltung dieser Grundsätze im Disziplinarrecht bejaht werden kann, denn die Geltung des Schuldprinzips im Strafrecht wird unter anderem damit begründet, daß eine Strafe keine bloße Übelzufügung zur Aufrechterhaltung der Rechtsordnung darstelle, sondern vielmehr auch ein sittliches Pathos enthalte. 1) Während mit der Kriminalstrafe eine sittliche Mißbilligung mit der Folge einer sozial-ethischen Deklassierung verbunden ist und daher eine Mißachtung des Schuldprinzips nicht mit der Unantastbarkeit menschlicher Würde nach Artikel 1 GG vereinbar ist, 2) ist mit der Disziplinarstrafe kein ethisches Unwerturteil verknüpft.

Auf Grund dieser im Wesen der beiden Strafen liegenden Unterschiede könnte die Geltung des Grundsatzes "in dubiopro reo" im disziplinaren Bereich ausgeschlossen sein. Dabei bliebe aber unbeachtet, daß der Gesetzgeber, wenn auch mit der Disziplinarstrafe kein Unwerturteil verbunden ist, dennoch das Schuldprinzip im Wehrrecht verankert hat. So bestimmt § 23 WDO, daß nur bei einer schuldhaften Verletzung dienstlicher Pflichten ein Dienstvergehen vorliegt. (vgl. auch § 21 a WDO) 3)

Auf Grund dieser positiven Bestimmung im Gesetz und der Geltung des Grundsatzes "in dubio pro reo" allgemein im Bereich des materiellen Rechtes, soweit es sich um Schuldfragen im weitesten Sinne handelt, 4) muß dieser Grundsatz auch im Disziplinarrecht gelten. Wenn nicht einwandfrei die Schuld festgestellt werden kann, so hat der Disziplinarvorgesetzte von einer Bestrafung abzusehen. Ein bloßer Verdacht, mag er auch begründet sein, kann für eine disziplinare Ahndung nicht ausreichen. 5) Eine trotzdem verhängte Disziplinarstrafe ist rechtswidrig.

So wurde auch bereits im § 43 der früheren WDStO eine Disziplinarstrafe als sachwidrig bezeichnet, wenn der Bestrafte nicht nachweisbar schuldig war. "Sachwidrig hatte dabei die Bedeutung, daß es sich um eine sachlich zu Unrecht verhängte Strafe handelte, auch wenn sie sonst rechtlich zulässig war. 6)

---

1) vgl. Schönke-Schröder Rdnr. 78 vor § 51
2) vgl. Stree S. 16
3) vgl. zur Geltung des Schuldprinzips im allgemeinen Disziplinarrecht Claussen-Jantzen Ein. B 13
4) vgl. Eb. Schmidt in JZ 1963, 606
5) vgl. Lochbrunner S. 173, Rdnr. 272;
Dietz § 43 Anm. 2;
Claussen-Jantzen § 27 Anm. 1
6) vgl. Dietz § 43 Anm. 2

Der Disziplinarvorgesetzte hat also stets unter Anwendung der für die Beweiswürdigung geltenden allgemeinen Grundsätze zu entscheiden, ob die festgestellten Tatsachen die Annahme eines Dienstvergehens rechtfertigen. Reichen die angestellten Ermittlungen nicht aus, den Beschuldigten einer schuldhaften Dienstpflichtverletzung zu überführen, bleiben also Zweifel bestehen, sei es in objektiver oder subjektiver Hinsicht, so ist nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" der erforderliche volle Beweis nicht geführt. 1) Mag auch ein erheblicher Verdacht bestehen bleiben, so ist der Beschuldigte dennoch zumindest ein formell Unschuldiger; die Nichtnachweisbarkeit der Schuld steht insofern der Unschuld gleich. 2)

Wenn sich der Disziplinarvorgesetzte nach Abschluß der Ermittlungen, welche objektiv zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt haben, irgendwelcher Zweifel an der Schuld des Beschuldigten bewußt ist, so handelt er, wenn er dennoch eine Strafe verhängt, nicht etwa mit bedingtem Vorsatz, sondern er bestraft wider besseres Wissen einen auf Grund der Anwendung des Prinzips "in dubiopro reo" zumindest formell Unschuldigen.

Es ist dabei nicht möglich, den gleichen Grundsatz zu Gunsten des strafenden Disziplinarvorgesetzten anzuwenden, indem man in seinem Interesse bei Nichtnachweisbarkeit der Schuld des bestraften Soldaten davon ausgeht, der Soldat sei eines Dienstvergehens schuldig. Insoweit fehlt es nämlich an dem für die Anwendung des Grundsatzes "Im Zweifel für den Angeklagten" erforderlichen "non liquet", 3) denn es liegt unzweifelhaft die Bestrafung eines Soldaten vor, den der Disziplinarvorgesetzte als unschuldig anzusehen hatte und auch angesehen hat.

Diese Ansicht, daß bei einer Bestrafung trotz Zweifeln bezüglich der Schuld stets ein Handeln wider besseres Wissen vorliegt, wird auch allein dem Schutzgut des § 39 gerecht, denn bei einem Vorgehen gegen angebliche Täter eines Dienstvergehens, ohne daß eindeutige Schuldfeststellungen getroffen werden können, wird in nicht zu unterschätzendem Maße das Vertrauen der Truppe in die Gerechtigkeit der militärischen Führung beeinträchtigt. Außerdem entsteht, wie bei jeder Überspannung staatlichen Strafens eine Abstumpfung gegenüber hoheitlichen Strafsanktionen, so daß auch unter diesem Aspekt die Funktionsfähigkeit der Truppe beeinträchtigt erscheint.

---

1) vgl. Claussen-Jantzen § 27 Anm. 1
2) vgl. Faust S. 124
3) vgl. zu diesem Erfordernis Stree S. 19 ff

Es kommt in einem solchen Fall nicht auf die Motivation des Disziplinarvorgesetzten an. Wenn etwa ein Disziplinarvorgesetzter nach abgeschlossenen Ermittlungen noch Zweifel daran hat, ob die Behauptungen eines Untergebenen, die dieser zur Rechtfertigung eines angeblichen Dienstvergehens vorträgt, der Wahrheit entsprechen, und trotzdem eine Disziplinarstrafe verhängt, weil er glaubt, er müsse zur Aufrechterhaltung der Ordnung ein Exempel statuieren, so bestraft er dennoch wider besseres Wissen einen Unschuldigen und erfüllt damit den § 39 Abs. 1 Nr. 1.

Ein Handeln wider besseres Wissen könnte auf Seiten des Disziplinarvorgesetzter aber dann fehlen, wenn er auf einen bloßen Verdacht hin, ohne überhaupt Ermittlungen anzustellen, einen Beschuldigten bestraft. In diesem Fall kann der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht zu Gunsten des Beschuldigten angewandt werden, weil die Voraussetzung des "non liquet" solange keine Ermittlungen angestellt worden sind, nicht gegeben ist.

Der Beschuldigte kann daher nicht als Unschuldiger angesehen werden. Der strafende Disziplinarvorgesetzte nimmt in diesem Fall nur in Kauf, daß die Ermittlungen zu keinem eindeutigen Ergebnis führen könnten, weiß es aber nicht und bestraft jemanden, der unter Umständen nicht bestraft werden darf. Er bestraft daher nichtwider besseres Wissen einen Unschuldigen, sondern nur mit bedingtem Vorsatz.

Dennoch ist auch diese Bestrafung rechtswidrig, denn gemäß § 21 a Abs. 1 WDO darf der Disziplinarvorgesetzte nur dann bestrafen, wenn er nach pflichtgemäßer Prüfung von der Schuld des Beschuldigten überzeugt ist. Verletzt der Disziplinarvorgesetzte bewußt diese Prüfungspflicht und bestraft, dann handelt er wider besseres Wissen, denn er weiß, daß er ohne hinreichende Aufklärung nicht strafen darf.

Allerdings liegt in diesem Fall nicht § 39 Abs. 1 Nr. 1 vor, da der Betroffene nicht im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 unschuldig ist, aber es ist jemand bestraft worden, dessen Bestrafung ein Hindernis entgegenstand, es fehlte an der nach pflichtgemäßer Prüfung gebildeten Überzeugung von der Schuld des Beschuldigten, und damit liegt § 39 Abs. 1 Nr. 2 vor, da der Täter in dieser Hinsicht wider besseres Wissen handelte.

Diese Lösung ist insofern billig, als bei einer Bestrafung auf einen bloßen Verdacht hin, der Unrechtgehalt nicht geringer ist, als wenn der Täter weiß, daß er einen Unschuldigen bestraft.

Der Täter verletzt durch eine derart unzulässige Bestrafung auf einen bloßen Verdacht hin ebenfalls das Vertrauen der Truppe in die Gerechtigkeit der militärischen Führung und greift außerdem in die Rechte des Einzelnen ein.

Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht könnten sich deswegen ergeben, weil im allgemeinen Disziplinarrecht unter Umständen auch schon die Erregung des Verdachts einer Pflichtverletzung als Rechtfertigung für eine disziplinare Bestrafung angesehen wird. So führt der Bundesdisziplinarhof in seinem Urteil vom 2. 7. 1954 aus: 1)

> "Ein Beamter, der sich leichtfertig in den Verdacht bringt, er sei für Geschenke empfänglich, begeht ein Dienstvergehen, auch wenn ihm eine strafbare Handlung nicht nachgewiesen werden kann, da er sich dadurch dem Verdacht der Bestechlichkeit aussetzt."

Auf Grund dieser Ausführungen könnte man zu der Schlußfolgerung gelangen, daß der Bundesdisziplinarhof bereits dann ein Dienstvergehen bejahen wolle, wenn lediglich der Verdacht einer strafbaren Handlung oder eines Dienstvergehens besteht. Allerdings ist die Entscheidung nicht so zu verstehen, denn sonst würde sie den Grundsatz in Frage stellen, daß Verfehlungen, um zu einer Bestrafung zu führen, erwiesen sein müssen. Dieser Grundsatz, daß eine Bestrafung auf Grund eines bloßen Verdachts einer Pflichtverletzung nicht zulässig ist, wird aber sonst vom Bundesdisziplinarhof in ständiger Rechtsprechung vertreten. 2)

Die Ausführungen des Bundesdisziplinarhofes in der zitierten Entscheidung können daher nur so verstanden werden, daß dann ein Dienstvergehen anzunehmen ist, wenn die Handlungen, die strafrechtlich gesehen nur den Verdacht einer strafbaren Handlung rechtfertigen, disziplinarrechtlich bereits als Pflichtverletzungen angesehen werden müssen. So wird auch in der Literatur überwiegend die Auffassung vertreten, die Erregung des Verdachts einer strafbaren Handlung sei nur dann disziplinar zu ahnden, wenn der Verdacht durch eine nachgewiesene, schuldhaft

---

1) BDHE 2, 160
2) vgl. BDHE 1, 99
BDH in ZBR 1961, 385
BDHE 7, 49

pflichtwidrige Handlung entstanden ist. 1)

Ein Soldat, der sich in den Verdacht bringt, eine strafbare Handlung begangen zu haben, kann somit nur dann disziplinar bestaft werden, wenn er mit dem, was er tatsächlich getan oder unterlassen hat, gegen seine Pflichten verstoßen hat, 2) mag diese Pflichtverletzung auch nicht als strafbare Handlung anzusehen sein, sondern nur den Verdacht einer solchen rechtfertigen. Gegenstand eines Dienstvergehens kann somit nur ein pflichtwidriges Verhalten und nicht der Verdacht eines solchen sein.

(6) Fehlende Strafwürdigkeit

Zweifelhaft erscheint, ob ein Soldat, der sich zwar eines Dienstvergehens schuldig gemacht hat, aber dessen Verhalten nicht strafwürdig ist, ebenfalls als Unschuldiger anzusehen ist.

DREHER vertritt hierzu die Meinung, daß es nicht unter § 39 Abs. 1 Nr. 1 fallen solle, wenn ein Disziplinarvorgesetzter, obwohl er eine Tat nicht für strafwürdig halte, dennoch eine Strafe verhänge. 3) Begründet wird diese Ansicht von DREHER nicht, obwohl sich sie nicht von selbst versteht.

Zunächst ist zu der Ansicht DREHERS, ohne schon auf das eigentliche Problem einzugehen, folgendes anzumerken:

Die Frage der Schuld oder Unschuld muß grundsätzlich nach objektiven Kriterien beurteilt werden. Allein die Vorstellung des Disziplinarvorgesetzten, daß der Bestrafte zwar ein Dienstvergehen begangen habe, aber nicht strafwürdig sei, würde selbst dann für eine Tatbestandserfüllung des § 39 Abs. 1 Nr. 1 nicht ausreichen, wenn man die fehlende Strafwürdigkeit mit Unschuld gleichsetzen könnte. In dem Fall, daß der Disziplinarvorgesetzte den Bestraften zwar nicht für strafwürdig hält, dieser aber objektiv strafwürdig ist, könnte nämlich nur ein strafloser Versuch vorliegen.

Die Lösung des eigentlichen Problems, ob fehlende Strafwürdigkeit mit Unschuld gleichgesetzt werden kann, erfordert ein Eingehen auf den Begriff "Dienstvergehen".

---

1) vgl. Behnke S. 94 Ziffer 3
Lindgen I S. 361
Schütz S. 77
Weidemann in ZBR 1969, 169 ff m.w.N.
2) BDH in ZBR 1961, 99
Weidemann in ZBR 1969, 171
3) Dreher § 39 Anm. 6

Nach § 23 SG begeht ein Soldat ein Dienstvergehen, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt. Da jede schuldhaft begangene Pflichtverletzung nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ein Dienstvergehen darstellt, kommt es für die Frage, ob ein Soldat sachlich eines Dienstvergehens schuldig ist, nicht darauf an, ob die Pflichtverletzung nur ein geringes Gewicht hatte. Auch "Bagatellverfehlungen" sind grundsätzlich Dienstvergehen. 1)

Wenn gelegentlich unter Berücksichtigung der "Mittel-Zweck-Relation" im allgemeinen Disziplinarrecht zwischen erheblichen und weniger bedeutsamen Pflichten unterschieden wird und nur dann ein Dienstvergehen bejaht wird, wenn bedeutsame Pflichten verletzt worden sind, 2) so ist das mit dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck des § 23 SG nicht vereinbar, da selbst Pflichtverletzungen von außerordentlich geringem Gewicht bei ständiger Wiederholung Anlaß für ein disziplinares Einschreiten bieten können. Wollte man bei derartigen Verfehlungen das Vorliegen eines Dienstvergehens verneinen, wäre ein Einschreiten nicht möglich.

Eine restriktive Auslegung des § 23 SG in dem Sinne, daß unter einem Dienstvergehen nur eine schuldhafte Pflichtverletzung von einer gewissen Erheblichkeit verstanden wird, ist jedoch nicht nur unzulässig, sondern auch nicht notwendig. Für die Feststellung, ob ein Soldat tatbestandsmäßig ein Dienstvergehen begangen hat, gilt nämlich der Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens. 3) Dieser Grundsatz bedeutet, daß mehrere Verfehlungen eines Soldaten nur ein Dienstvergehen bilden. Weiter folgt aus diesem Grundsatz, daß das Fehlverhalten eines Soldaten einheitlich gewürdigt werden muß. Das bedeutet, daß eine Verfehlung des Soldaten nicht aus der Gesamtbeurteilung herausgelöst werden kann, 4) sondern die Frage, ob Strafwürdigkeit gegeben ist, unter Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit und des bisherigen Gesamtverhaltens beantwortet werden muß. 5) Diese vorzunehmende Gesamtbeurteilung führt dazu, daß auch bei geringfügigen Verstößen die Mittel-Zweck-Relation gewahrt werden kann. Hat sich der Soldat bisher stets einwandfrei verhalten und ging etwa seine Einsatzbereitschaft und sein Verantwortungsbewußtsein über das übliche Maß hinaus, so kann eine einmalige Bagatellverfehlung, obwohl sie ein Dienstvergehen darstellt, eine Strafwürdigkeit nicht begründen.

Die fehlende Strafwürdigkeit wird vom Gesetzgeber in § 31 WDO genauso behandelt, wie die Unschuld oder die nicht nachweisbare Schuld. In allen drei Fällen ist gemäß § 31 Abs. 2 WDO derjenige Disziplinarvorgesetzte, der die Strafe verhängt hat, zur Stellung eines Aufhebungsantrages verpflichtet, wenn er zu der Auffassung kommt, daß einer der drei Fälle vorliegt.

1) vgl. Claussen-Jantzen Ein. B 4
2) so wohl BDH 7, 97
3) vgl. BDH 3, 180
4) vgl. BDH 6, 128
5) vgl. Claussen-Jantzen Ein. B 5

Aus der Bestimmung des § 31 WDO muß daher der Schluß gezogen werden, daß auch bei Nichtstrafwürdigkeit keine Disziplinarstrafe verhängt werden darf.

Wenn aber keine Disziplinarstrafe verhängt werden darf, so ist der betroffene Soldat "im weiteren Sinne" unschuldig. 1) Ein Disziplinarvorgesetzter, der einen solchen Soldaten, der objektiv nicht strafwürdig ist, wider besseres Wissen bestraft, erfüllt den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 1.

(7) Die Verhängung unangemessener Strafen

Wie bereits zu § 38 2. Altern. WStG erläutert wurde, kann die Verhängung einer unangemessen hohen Strafe eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt darstellen.
Fraglich erscheint, ob die Verhängung einer angemessenen Strafe, wenn sie wider besseres Wissen erfolgt, auch die Bestrafung eines Unschuldigen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 bedeuten kann. Hiergegen spricht zunächst, daß der Bestrafte in einem solchen Fall nicht unschuldig ist, sondern tatsächlich ein Dienstvergehen begangen hat. Wenn lediglich die Strafe überhöht ausgefallen ist, der Betroffene im übrigen aber strafwürdig ist, so kann er mithin nicht als unschuldig angesehen werden. Insofern ist der Begründung des Entwurfs eines WStG zuzustimmen, wenn sie die "reinsprachlich mögliche Auslegung" ausschließen will, daß in § 39 Abs. 1 Nr. 1 Fragen der Strafzumessung eine Rolle spielen könnten. 2) So trifft zum Beispiel eine unangemessen hohe Strafe keinen Unschuldigen, wenn sie zwar von der Schuld her adäquat ist, aber angesichts der geringen Auswirkungen des Dienstvergehens auf die Disziplin zu hoch ist.

Anders ist allerdings der Fall zu beurteilen, daß ein Disziplinarvorgesetzter mit der Begründung seiner Disziplinarstrafe an ein Verhalten anknüpft, das auf Seiten des Bestraften gar nicht vorgelegen hat, wenn zum Beispiel ein Diszi-

---

1) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 3:
"Daß allerdings der Fall, daß er eine Tat nicht für strafwürdig hält, nicht unter § 39 Abs. 1 Nr. 1 fallen soll, wenn er dennoch Strafe verhängt, überzeugt nicht, denn hier liegt doch das Bewußtsein der Strafe trotz Nichtstrafwürdigkeit nach § 31 Abs. 1 WDO vor, also eine "Unschuld" im weiteren Sinne."

2) Bundestagsdrucksachen Bd. 47, 3040 zu § 39 WStG

plinarvorgesetzter bei einer einmaligen geringfügigen "Zapfenstreichüberschreitung" eines Untergebenen eine sehr hohe Strafe verhängt mit der wissentlich falschen Behauptung, der Untergebene habe zum wiederholten Male den "Zapfenstreich" überschritten.

Der Disziplinarvorgesetzte hat bei der Bestrafung eines Dienstvergehens - wie bereits ausgeführt wurde - stets das Gesamtverhalten des Soldaten zu berücksichtigen. Wenn er daher ein Verhalten mitberücksichtigt, das nicht vorgelegen hat, so ist die ausgeworfene Strafe nicht mehr schuldadäquat, es wird bezüglich des überschießenden Teils ein Unschuldiger betroffen. 1)

b) Das Tatbestandsmerkmal "Verhängen"

Von besonderer Bedeutung ist in der gesetzlichen Fassung des § 39 Abs. 1 Nr. 1, daß eine Strafe "verhängt" sein muß.

"Verhängen" bedeutet, wie sich aus der Regelung des § 25 Abs. 2 und 3 WDO ergibt, daß die Disziplinarstrafe durch dienstliche Bekanntgabe der schriftlich festgelegten Strafformel gegenüber dem Beschuldigten erlassen wird.

Aus dem Erfordernis dieses Tatbestandsmerkmales "verhängt" wird in der Literatur zum Teil gefolgert, daß der Tatbestand nicht erfüllt sei, wenn der Disziplinarvorgesetzte, der zunächst von der Schuld des Bestraften überzeugt war, nach Aufdeckung der Schuldlosigkeit nicht versuche, die von ihm verhängte Strafe aufheben zu lassen. Dieses Unterlassen des Disziplinarvorgesetzten stelle keine Verhängung einer Strafe dar. 2)

RITTAU vertritt zu dieser Frage - so hat es den Anschein - einen anderen Standpunkt. Wenn er der gleichen Ansicht wäre, - RITTAU nimmt zu dieser Frage nicht ausdrücklich Stellung - so würde er bei der Erörterung des § 39 Abs. 1 Nr. 1 nicht ausführen, daß der Disziplinarvorgesetzte eine von ihm verhängte

---

1) vgl. Fuhse § 118 Anm. 3
Lauerer S. 45
vgl. auch Schönke-Schröder § 344 Rdnr. 4:
"Unschuldig ist auch, wer nur einer geringen Straftat schuldig ist, z. B. eines einfachen Diebstahlsstatt eines Raubes."

2) vgl. Arndt S. 242
Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 3
Dreher § 39 Anm. 7 (Allerdings hält Dreher hier § 38 für anwendbar.)

Disziplinarstrafe gemäß § 25 Abs. 5 WDO nicht mehr aufheben könne, sondern die Aufhebung bei der Stelle beantragen müsse, die im Fall einer Beschwerde zuständig sei, wenn er zu der Auffassung komme, daß er einen unschuldigen oder nicht nachweisbar schuldigen Untergebenen bestraft habe, beziehungsweise, daß die Tat nicht strafwürdig gewesen sei (§ 31 Abs. 1 und 4 WDO). 1) Eine solche Erörterung wäre an dieser Stelle unverständlich, wenn nicht damit zum Ausdruck gebracht werden sollte, daß ein Disziplinarvorgesetzter bei Mißachtung der Pflicht, einen Strafaufhebungsantrag zu stellen, sich nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 strafbar mache.

Bedenken gegen diese anscheinend von Rittau vertretene Ansicht ergeben sich bereits vom Wortlaut des § 39 Abs. 1 Nr. 1 her.

Das Wort "Verhängen" kennzeichnet ein positives Tun. Wollte man ein Unterlassen, nämlich das Versäumnis, einen Strafaufhebungsantrag zu stellen, hiermit gleichsetzen, ginge man bereits über den Wortsinn hinaus. Außerdem ist eine extensive Auslegung des Begriffs auch deswegen nicht erforderlich, weil eine Mißachtung der Pflicht, einen Strafaufhebungsantrag zu stellen (§ 31 Abs. 2WDO), den Tatbestand des § 38 2. Altern. erfüllt, sich also als Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt darstellt 2) und insofern keine Lücke im WStG zu schließen ist. Hinzu kommt, daß es strafwürdiger ist, positiv gegen einen Unschuldigen vorzugehen, als nur durch Unterlassen in seine Rechte einzugreifen.

Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der Vorschrift ergibt sich somit, daß nur dann der Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 1 erfüllt sein kann, wenn die Handlung gerade darin besteht, daß eine Strafe im Sinne des § 25 WDO verhängt wird; eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt dadurch, daß es unterlassen wird, einen Strafaufhebungsantrag zu stellen, als nicht in so hohem Maße strafwürdig aber unter § 38 2. Altern. fällt.

c) Die Verhängung unzulässiger Strafen

Zum § 118 MStG ist in der Literatur die Ansicht vertreten worden, daß es sich bei einer unverdienten Strafe, die der Strafe gegen

---

1) Rittau § 39 Anm. 3
2) Dreher § 39 Anm. 7

einen Unschuldigen im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 1 gleichgesetzt werden kann, um eine Strafe der Wehrdisziplinarordnung handeln müsse, da sie sonst von einer Einzelperson nicht ausgesprochen werden könne. 1)

Diese Auffassung ist jedoch nicht haltbar. Bei der Verhängung einer nicht in der WDO vorgesehenen Strafe gegen einen Unschuldigen wird das im Wehrstrafrecht geschützte Rechtsgut genauso verletzt wie bei der Verhängung einer an sich erlaubten Strafe. Der mit dem Strafausspruch verbundene Eingriff in die Rechte des Betroffenen kann sogar unter Umständen, wenn die Strafe ihrer Art nach in der WDO nicht vorgesehen ist, noch erheblicher sein.

Bei der Verhängung einer nicht in der WDO vorgesehenen Strafe gegen einen Unschuldigen wird daher der Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 1 genauso erfüllt wie bei einer an sich zulässigen Strafe; nur überschreitet der Disziplinarvorgesetzte hierbei außerdem noch seine Disziplinargewalt insofern, als er eine nach Art und Höhe unerlaubte Strafe verhängt.

Auch das Argument LAUERERS, 2) daß es sich bei der Strafe gegen einen Unschuldigen deswegen notwendig um eine nach der Wehrdisziplinarordnung zulässige Strafe handeln müsse, weil sonst eine Abgrenzung zur Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt durch die Verhängung nach Art und Höhe unzulässiger Strafen (§ 39 Abs. 1 Nr. 3) nicht möglich sei, ist nicht stichhaltig.

Eine Unterscheidung bleibt sehr wohl möglich, nur verstößt der Täter, wenn er einen Unschuldigen mit einer ohnehin schon unerlaubten Strafe bestraft, gegen beide Normen, also gegen § 39 Abs. 1 Nr. 1 und § 39 Abs. 1 Nr. 3, womit er sich allerdings nur eines Verstoßes gegen § 39 WStG schuldig macht.

Die in einem solchen Fall ohne weiteres mögliche Abgrenzung kann unter Umständen für Fragen der Strafzumessung bedeutsam sein.

Es ist somit festzuhalten, daß sowohl die Verhängung einer an sich zulässigen als auch die einer völlig unerlaubten Strafe, wenn sie sich gegen einen Unschuldigen richtet, unter den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 1 fällt. 3)

2. Die Verhängung von Disziplinarstrafen trotz Unzulässigkeit der Verfolgung (§ 39 Abs. 1 Nr. 2)

§ 39 Abs. 1 Nr. 2 bedroht denjenigen Disziplinarvorgesetzten

---

1) Lauerer S. 45
2) Lauerer S. 45
3) Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 3

mit Strafe, der eine Disziplinarstrafe verhängt, obwohl die Verfolgung unzulässig ist.

Dieser Fall wurde vom früheren § 118 MStG nicht eindeutig erfaßt. Da er aber bei der gebotenen extensiven Auslegung des Begriffs "unverdient" 1) ebenfalls unter § 118 MStG subsumiert werden konnte, war der Rechtsgüterschutz im früheren MStG insofern genauso umfassend wie im heutigen Wehrstrafrecht.

Auch im heutigen Wehrstrafrecht ist die Bestimmung des § 39 Abs. 1 Nr. 2 an sich überflüssig, wie bereits ausgeführt wurde, da der Begriff "Unschuldiger" in § 39 Abs. 1 Nr. 1 ohne weiteres wie bei dem vergleichbaren § 344 StGB im prozessualen Sinne verstanden werden könnte. Diese Auslegung verbietet sich nur deswegen, weil sonst eine Abgrenzung zwischen § 39 Abs. 1 Nr. 1 und § 39 Abs. 1 Nr. 2 unmöglich würde.

Wenn § 39 Abs. 1 Nr. 2 den Fall der unzulässigen Verfolgung erfaßt, so ergibt sich zwingend, daß auf Seiten des Bestraften ein Dienstvergehen vorgelegen haben muß. Der Bestrafte ist somit im Falle des § 39 Abs. 1 Nr. 2 sachlich schuldig, aber der Verfolgung des von ihm begangenen Dienstvergehens stehen bestimmte Hindernisse entgegen.

Als solche Verfolgungshindernisse kommen besonders in Betracht:
Verjährung (§ 7 Abs. 2 WDO), das heißt Ablauf der Dreimonatsfrist seit Tatbegehung; bereits erfolgte Bestrafung wegen des gleichen Dienstvergehens (§ 8 Abs. 1 WDO), Verhängung einer Laufbahnstrafe durch ein Wehrdienstgericht (§ 6 Abs. 1 Satz 2 WDO); Freispruch (§ 22 Abs. 3 WDO) oder Absehen von einer Bestrafung (§ 24, Abs. 2 WDO). Im folgenden soll auf einzelnen Fragen, die sich bezüglich der Verfolgungshindernisse ergeben können, näher eingegangen werden.

a) Absehen von Strafe

Ein Verfolgungshindernis besteht auch dann, wenn der Disziplinarvorgesetzte, nachdem ihm ein Dienstvergehen zur Kenntnis gelangt ist, zunächst von einer Strafe absieht (§ 24 WDO). Verhängt er später, ohne daß sich neues Beweismaterial ergeben hat, eine Strafe, so erfüllt er den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 2. 2)

---

1) vgl. Lauerer S. 45
2) vgl. Dreher Anm. 7 zu § 39

Instruktiv ist hierzu eine Angelegenheit, mit der sich der Wehrbeauftragte im Berichtsjahr 1963 befaßt hat. 1) Ein Gefreiter hatte angetrunken den Gefreiten vom Dienst angegriffen und geschlagen. Als er den von einem Unteroffizier erteilten Befehl, sich ins Bett zu legen, nicht befolgte, wurde er von diesem, trotz Gegenwehr, vorläufig festgenommen.

Der zuständige Disziplinarvorgesetzte gab den Fall an die Staatsanwaltschaft ab. Diese stellte jedoch das Verfahren nach § 153 Abs. 2 StPO ein, da sie eine disziplinare Ahndung für ausreichend hielt. Da der Gefreite inzwischen - es waren bereits 4 Monate seit Tatbegehung verstrichen - seinen Dienst ordentlich versehen hatte, glaubte der Vertreter des abwesenden Kompaniechefs, das Verhalten des Gefreiten sei mit einer erzieherischen Maßnahme angemessen gewürdigt. Er sah daher von einer Bestrafung ab, verbot aber für zwei Monate Alkoholgenuß.

Der nächsthöhere Disziplinarvorgesetzte hob diese Maßnahme mit der Begründung auf, sie habe Strafcharakter und beanstandete, daß das Dienstvergehen nicht entsprechend geahndet worden sei. Der stellvertretende Kompaniechef bestrafte daraufhin den Gefreiten mit einer Disziplinarstrafe, und zwar mit einer Geldbuße in Höhe von DM 50,00.

Der Wehrbeauftragte schritt in diesem Fall zu Recht ein, denn der stellvertretende Kompaniechef hatte als zuständiger Disziplinarvorgesetzter mit der Verhängung der, wenn auch unzulässigen, Maßnahme zum Ausdruck gebracht, daß er den Gefreiten im Sinne des § 24 Abs. 1 WDO straflos lassen wollte. Da weder erheblich neue Tatsachen noch Beweismittel beigebracht worden waren, durfte der Vorgang nach § 24 Abs. 2 WDO nicht erneut aufgegriffen werden. Der stellvertretende Kompaniechef erfüllte daher den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 2.

Wenn auch dieser, in erster Linie der Beleuchtung des Problems dienende Fall, wenig Schwierigkeiten in rechtlicher Hinsicht bereitet, so sind doch in der Regel Fälle, bei denen § 24 WDO eine Rolle spielt, erheblich problematisch. Das wird an einem vom BGH entschiedenen Fall deutlich. 2) Soweit der Fall in diesem Zusammenhang interessiert, ging es darum, daß ein Soldat sich einem Fähnrich gegenüber, der auf dem Schießstand das Schießen leitete, aufsässig benommen hatte. Er wurde daraufhin vom

---

1) vgl. Jahresbericht 1963 S. 18
2) BGH in NJW 1960, 1477

Kompaniechef auf dem Schießstand mit einer erzieherischen Maßnahme belegt und später disziplinar bestraft.

Der Fähnrich hatte bereits, bevor der Kompaniechef eintraf, den Soldaten belehrt und zurechtgewiesen, also eine erzieherische Maßnahme angewandt. Daß mit dieser Maßnahme noch nicht im Sinne des § 24 WDO von Strafe abgesehen wurde, folgt daraus, daß dem Fähnrich hierzu die Befugnis fehlte, weil er keine Disziplinargewalt besaß. Erst als nach dessen Eintreffen die Sache dem Kompaniechef vorgetragen wurde, stand sie zur quasi-richterlichen Entscheidung an. Der Disziplinarvorgesetzte mußte jetzt entscheiden, ob er es bei der bereits erfolgten Maßnahme bewenden lassen wolle, ob er eine Maßnahme für erforderlich halte oder ob eine Bestrafung angebracht sei; die Maßnahme des Fähnrichs besaß für den Disziplinarvorgesetzten keine Verbindlichkeit. Zweifelhaft war hierbei rechtlich, ob die unmittelbar nach dem Erscheinen angeordnete Maßnahme des Kompaniechefs endgültige Wirkung im Sinne des § 24 WDO gehabt hat. Der BGH bildet im Zusammenhang mit der Entscheidung dieser Frage das Beispiel, daß drei Soldaten eine unrichtige Meldung machten; der eine aus Ungeschick, der zweite aus Nachlässigkeit und der dritte aus Bosheit.

Der Disziplinarvorgesetzte könne hier von jedem Soldaten die Wiederholung der Meldung verlangen, also eine erzieherische Maßnahme anordnen, und trotzdem den Soldaten, der aus Bosheit eine falsche Meldung abgegeben habe, später auch disziplinar bestrafen. 1)

Dieser Auffassung ist zuzustimmen, denn es ist darauf abzustellen, ob in der Anordnung der Maßnahme konkludent die Erklärung liegt, daß hiermit die Sache erledigt sein solle, oder ob der Disziplinarvorgesetzte in Erfüllung seines Auftrages, sich unverzüglich durchzusetzen, 2) zu der Maßnahme greift und dabei keine Zeit hat, genauere Überlegungen anzustellen, ob mit dieser Maßnahme der Schwere des Dienstvergehens bereits entsprochen worden ist oder nur eine akute Störung der Funktionen der Truppe beseitigt wird. Im letzteren Fall liegt kein Verzicht auf Bestrafung vor und damit

---

1) so auch v. Mitzlaff in NZW 1961, 56

2) vgl. RMG 1, 32;
Dietz S. 57

bleibt trotz vorausgegangener Maßnahme eine spätere Bestrafung zulässig.

Dieses Ergebnis ist auch deswegen begründet, weil zum Beispiel im Falle einer Gehorsamsverweigerung im Beisein anderer Soldaten der Disziplinarvorgesetzte keine Möglichkeit hat, die gefährdete Disziplin durch sofortiges Aussprechen einer Strafe wiederherzustellen, denn eine Disziplinarstrafe darf erst nach Ablauf einer Nacht verhängt werden. Der Vorgesetzte ist daher in einer solchen Lage auf die Anwendung einer erzieherischen Maßnahme angewiesen. Kommt er später zu der Überzeugung, daß das Dienstvergehen so schwerwiegend war, daß eine Maßnahme nicht ausreicht, so ist der Disziplinarvorgesetzte schon nach § 21 Abs. 1 Satz 2 und 4 WDO berechtigt, später zusätzlich eine Disziplinarstrafe zu verhängen. 1)

Im vom BGH zu entscheidenden Fall bestand für den Disziplinarvorgesetzten nicht die Notwendigkeit, sich sofort durchzusetzen. Er mußte hier, wenn überhaupt, eine endgültige Entscheidung treffen. Indem er sich dafür entschied, eine erzieherische Maßnahme in Form einer Sonderausbildung anzusetzen, verzichtete er auf eine spätere Bestrafung. Dieser Verzicht stellte bezüglich einer später dennoch vorgenommenen Bestrafung ein Verfolgungshindernis dar. 2) Der Kompaniechef war daher, unterstellt, er handelte wider besseres Wissen, nach § 39 Abs. 1 Nr. 2 zu bestrafen.

b) Vorweggenommene Maßnahmen des nächsten Disziplinarvorgesetzten

Im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 2 erhebt sich weiter die Frage, ob ein höherer Disziplinarvorgesetzter noch eine Bestrafung vornehmen kann, wenn der zuständige nächste Disziplinarvorgesetzte bereits durch Anordnung einer Maßnahme von einer Bestrafung Abstand genommen hat oder ob insofern ein Verfolgungshindernis besteht.

Die Beantwortung dieser Frage ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung des § 23 Abs. 3 WDO. Wenn der nächste Disziplinarvorgesetzte durch die Verhängung einer Maßnahme zum Ausdruck gebracht hat, daß das Dienstvergehen straflos bleiben soll, so darf nach § 23 Abs. 3 WDO kein höherer

---

1) vgl. Hodes Anm. 1 zu § 10 WDO;
v. Mitzlaff in NZW 1961, 57;
2) vgl. v. Mitzlaff in NZW 1961, 57

Vorgesetzter diese Entscheidung ändern; eine Bestrafung durch den höheren Vorgesetzten käme aber einer Änderung der Entscheidung gleich.

Etwas anderes gilt selbstverständlich dann, wenn dem höheren Vorgesetzten neue Tatsachen oder Beweismittel im Sinne des § 24 WDO bekannt geworden sind. Es muß sich allerdings um "erheblich neue" Tatsachen oder Beweismittel handeln. "Erheblich" hat dabei die Bedeutung, daß die Tatsachen oder Beweismittel so beschaffen sein müssen, daß sie den Disziplinarvorgesetzten bei rechtzeitiger Kenntnis zu einer Bestrafung veranlaßt hätten. "Neu" im Sinne des § 24 WDO sind Tatsachen oder Beweismittel nur dann, wenn sie bei der ersten Beurteilung des Falles nicht zur Verfügung standen, das heißt, wenn sie bei der Entscheidung, von Strafe abzusehen, nicht in Betracht gezogen werden konnten, weil sie dem Disziplinarvorgesetzten nicht ohne weiteres zugänglich waren. 1)

c) Verfolgungshindernis durch Aufhebung einer früheren Bestrafung

Den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 2 erfüllt ein Disziplinarvorgesetzter auch dann, wenn er nach Aufhebung einer früheren Bestrafung durch das Wehrdienstgericht (§ 30 Nr. 7 WDO) erneut eine Bestrafung vornimmt, 2) ohne daß die Voraussetzungen des § 24 Abs. 2 WDO vorliegen.

Er ist somit nur dann zur Verhängung einer erneuten Disziplinarstrafe berechtigt, wenn ihm erheblich neue Tatsachen oder Beweismittel bekannt werden, nachdem die vorher in der gleichen Angelegenheit verhängte Strafe aufgehoben worden ist.

d) Verfolgungshindernisse auf Grund gerichtlicher Urteile

Viel diskutiert wird das Verhältnis zwischen strafrichterlicher Verurteilung und disziplinarer Ahndung. Aus diesem Problemkreisist für den § 39 Abs. 1 Nr. 2 die Frage von Bedeutung, ob dann, wenn ein Soldat wegen einer Straftat, die zugleich ein Dienstvergehen darstellt, rechtskräftig verurteilt worden ist, der disziplinaren Verfolgung ein Hindernis entgegensteht.

---

1) vgl. Faust S. 125
2) Dreher § 39 Anm. 7

Aufschlußreich ist hierzu eine Stellungnahme des Bundesdisziplinarhofes vom 1.2.1966, 1) der folgender Sachverhalt zu Grunde lag:

> Ein Wehrpflichtiger war wegen mehrfacher eigenmächtiger Abwesenheit von der Truppe durch das rechtskräftige Urteil eines Schöffengerichts zu einer Gefängnisstrafe verurteilt worden. Als er nach Verbüßung dieser Strafe von seinem Bataillonskommandeur außerdem mit einer Arreststrafe von 21 Tagen bestraft wurde, legte er hiergegen Beschwerde ein.

Die Sache wurde daraufhin vom Truppendienstgericht dem Bundesdisziplinarhof zur Entscheidung der Rechtsfrage vorgelegt, ob die Verhängung einer einfachen Disziplinarstrafe wegen eines Dienstvergehens noch zulässig sei, wenn dieses Dienstvergehen bereits vorher rechtskräftig abgeurteilt worden ist und keine weiteren dienstrechtlichen Gesichtspunkte eine zusätzliche disziplinare Ahndung erforderlich machten. Der Bundesdisziplinarhof beantwortete diese Frage mit folgendem Leitsatz:

> "Ist ein Soldat wegen einer Wehrstraftat verurteilt worden und wird die vom Strafgericht verhängte Strafe - neben dem allgemeinen Anspruch auf Wiederherstellung des Rechtsfriedens - auch den Zwecken des Disziplinarrechts in ausreichender Weise gerecht, kann von der Verhängung einer einfachen Disziplinarstrafe abgesehen werden; das wird in der Regel geboten sein, wenn die an sich in Betracht kommende einfache Disziplinarstrafe dem durch die Kriminalstrafe verhängten Strafübel wesensähnlich ist."

Wenn der BDH in diesem Leitsatz zunächst ausführt, daß in bestimmten Fällen von einer disziplinaren Bestrafung abgesehen werden kann, so ist damit nur das ausgeführt, was bereits in § 7 WDO gesetzlich verankert ist. Bemerkenswert ist jedoch an diesem Leitsatz, daß zwar der allgemeinen Auffassung gefolgt wird, daß Disziplinarrecht und Kriminalstrafrecht selbständig nebeneinanderstehen und die verschiedenen Strafen sich nicht gegenseitig ausschließen, 2) mithin also eine nachfolgende disziplinare Ahndung als zulässig angesehen wird, im letzten Teil aber eine Einschränkung gemacht wird. Es wird hier nämlich darauf hingewiesen, daß kein völliges Nebeneinander beider Institutionen angebracht sei, sondern eine gegenseitige Berücksichtigung erfolgen müsse. Der gleiche Gedanke findet sich auch in dem Beschluß des Bundesverfassungsgerichtes

---

1) BDH in DVBl 66, 541

2) vgl. Schütz S. 72;
Behnke § 27 Erl. 14;
Holtkotten Art. 103, Erl. II, 4b; Maurach S. 8 ff

vom 2. 5. 1967. 1)

Danach ist es mit dem Grundsatz der Rechtstaatlichkeit unvereinbar, eine strafgerichtliche Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Berücksichtigung einer in derselben Angelegenheit bereits angeordneten disziplinaren Arreststrafe vorzunehmen. In diesem Beschluß bleibt jedoch die Frage offen, ob die Berücksichtigung der Arreststrafe nur dann erfolgen soll, wenn diese bereits verbüßt sei, oder ob es ausreiche, daß sie verhängt sei. Außerdem wird nicht geklärt, ob die Berücksichtigung in Form einer Anrechnung entsprechend § 60 StGB erfolgen oder im Rahmen der freienStrafzumessung beachtet werden müsse. Diese Fragen sind aber inzwischen vom Bayrischen Obersten Landesgericht 2) und vom Oberlandesgericht Celle 3) dahin beantwortet worden, daß bereits die Verhängung einer disziplinaren Arreststrafe zu einer zwingenden Anrechnung auf die Kriminalfreiheitsstrafe führen müsse.

Zwar ist damit nicht unmittelbar zu dem Problem Stellung genommen worden, ob eine vorweggenommene gerichtliche Strafe eine wesensähnliche disziplinare Ahndung unzulässig mache, aber es ergibt sich immerhin daraus, daß, wenn schon für Gerichte eine vorweggenommene disziplinare Ahndung beachtlich ist, auch der Disziplinarvorgesetzte eine bereits verhängte, wesensähnliche, gerichtliche Strafe berücksichtigen muß, selbst wenn auf Grund der Schwere des Dienstvergehens eine zusätzliche Disziplinarstrafe in Frage kommen könnte.

Allerdings ist in jedem Fall zu beachten, daß Kriminalstrafrecht und Disziplinarrecht insofern wesensverschieden sind, als der Sinn des Strafrechts nicht unerheblich in der Vergeltung für begangenes Unrecht liegt, während bei einer Disziplinarstrafe Erziehungszwecke im Vordergrund stehen. Die Disziplinarstrafe bezweckt vorwiegend eine Pflichtenmahnung und dient letztlich der Selbstreinigung der Truppe und der Feststellung, ob der Beschuldigte noch für die Truppe tragbar ist. 4)

Die Disziplinarstrafe ist somit kein bloßes "minus" gegenüber der kriminellen Strafe, sondern ein grundsätzliches "aliud".

---

1) BVerfGE 21, 378;
vgl. auch BVerfG in NJW 1970, 5o5
2) Urteil vom 29. 2. 1968, Az. RReg. 4a St 7/68
3) Urteil vom 11. 3. 1968, in NJW 1968, 1103
4) vgl. Schütz S. 72;
Lindgen § 1, I;
Baumann in JZ 1964, 612;
BDH 2, 59 (75)

Während mit der Kriminalstraftat eine Störung des allgemeinen Rechtsfriedens verbunden ist, führt das Dienstvergehen nur zu einer Funktionsstörung der Truppe. Aus diesem Unterschied ergeben sich die ungleichartigen Zwecke der Strafen. Die Meinung, daß die Kriminalstrafe die Erziehungs- und Abschreckungsfunktion bereits allgemein vorwegnehme und daher die Doppelvergeltung sinnwidrig sei, 1) berücksichtigt diese Verschiedenheit nicht und ist daher unzutreffend.

Auch mit Artikel 103 Abs. 3 GG läßt sich diese Meinung nicht stützen, denn Artikel 103 gilt schon dem Wortlaut nach nur im Verhältnis der allgemeinen Strafgesetze zueinander und berührt daher die Zulässigkeit einer zusätzlichen disziplinaren Bestrafung nicht.

Eine nachfolgende disziplinare Ahndung ist also grundsätzlich unbeschränkt zulässig, es sei denn, die Disziplinarstrafe unterscheidet sich in der Übelzufügung nicht von der Kriminalstrafe.

Aber selbst, wenn im Strafübel kein Unterschied liegt, wird dadurch nicht die Verfolgung unzulässig, sondern höchstens die ausgeworfene Strafe.

Wenn daher zum Beispiel bereits die Kriminalstrafe aus einer Geldstrafe besteht und diese bei einer nachfolgenden disziplinaren Geldstrafe nicht berücksichtigt wird, so liegt keine unzulässige Verfolgung, wohl aber möglicherweise eine unzulässige Bestrafung vor, die eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt im Sinne des § 38 2. Altern. bedeuten kann. Das gleiche gilt für die Freiheitsstrafen. Ist bereits eine gerichtliche Freiheitsstrafe verhängt worden, dann kann zwar der Disziplinarvorgesetzte eine Arreststrafe aussprechen, muß dabei aber die bereits verhängte Strafe anrechnen und das auch in den Straftenor aufnehmen. Bei Nichtbeachtung dieser Grundsätze kann eine unzulässige Bestrafung vorliegen. In der Regel wird somit bei einer vorweggenommenen gerichtlichen Freiheitsstrafe eine später verhängte disziplinare Arreststrafe nicht mehr zum Tragen kommen.

Praktische Bedeutung hat diese Möglichkeit der Tatbestandserfüllung des § 38 2. Altern. bis jetzt allerdings noch nicht, da nicht einmal von den Gerichten der grundlegende Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 2.5.1967 2) immer beachtet wird. Einem Disziplinarvorgesetzten wird daher kaum

---

1) so Lochbrunner in ZBR 1963, 282 (286)
2) in NJW 1967, 1651

jemals ein vorsätzliches Handeln nachzuweisen sein. Eine Änderung ist erst dann zu erwarten, wenn der Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Wehrdisziplinarrechts, den die Bundesregierung am 16. 9. 1968 im Bundestag eingebracht hat, Gesetz wird. Im § 6 a dieses Entwurfs wird das Verhältnis zwischen Straftat beziehungsweise Ordnungswidrigkeit und Dienstvergehen neugestaltet. Den bereits erwähnten Erkenntnissen der höchstrichterlichen Rechtsprechung folgend, bestimmt § 6 a des Entwurfs, daß bei einer gerichtlichen Strafe oder behördlichen Ordnungsmaßnahme Verweise überhaupt nicht und andere einfache disziplinare Maßnahmen sowie Laufbahnstrafen nur dann verhängt werden dürfen, wenn sie zusätzlich erforderlich sind, um den Soldaten zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und das Ansehen der Bundeswehr zu wahren.

Mit dieser Regelung werden somit alls Disziplinarstrafen im Falle einer vorweggenommenen Kriminalstrafe verboten, soweit sie sich im Strafübel nicht wesensmäßig unterscheiden, da es bei diesen an einer zusätzlichen Erforderlichkeit fehlt.

Erst wenn es zu dieser gesetzlichen Regelung kommen sollte, wird ein Teil der Problematik der sogenannten "Doppelbestrafung" beseitigt werden. Durch entsprechende Belehrung der Vorgesetzten kann diesen dann die Möglichkeit genommen werden, sich im Falle einer Fehlentscheidung auf Unwissenheit zu berufen.

3. Ahndung von Dienstvergehen mit nach Art und Höhe im Gesetz nicht vorgesehenen Disziplinarstrafen (§ 39 Abs. 1 Nr. 3)

In § 39 Abs. 1 Nr. 3 wird ein Disziplinarvorgesetzter mit Strafe bedroht, der wegen eines Dienstvergehens einen Untergebenen zu dessen Nachteil mit einer nach Art und Höhe nicht vorgesehenen Disziplinarstrafe bestraft. Vorgesehene, das heißt zulässige, einfache Disziplinarstrafen, die der Disziplinarvorgesetzte verhängen darf, sind nach § 10 Abs. 1 WDO: Verweis, strenger Verweis, Soldverwaltung, Geldbuße, Ausgangsbeschränkung und Arrest. Die genauen Modalitäten dieser Strafen sind in der WDO so klar geregelt, daß hierzu keine weiteren Hinweise erforderlich sind.

Da jede der einfachen Disziplinarstrafen sowohl inhaltlich als auch verfahrensmäßig in allen Einzelheiten von der WDO erfaßt wird und die WDO insofern eine abschließende Regelung enthält, läßt sich allgemein feststellen, daß jede Strafe, die nicht in der WDO unter § 10 Abs. 1 aufgeführt ist, unzulässig ist. Wenn somit in der Vorschrift des § 39 Abs. 1 Nr. 3 WStG von Strafen gesprochen wird, die nicht im Gesetz vorgesehen sind, so ist mit diesem Gesetz die WDO gemeint.

Eine Verletzung der Vorschriften über die Strafhöhe erfolgt durch die Verhängung einer Strafe von längerer Dauer oder, wenn es sich um eine Geldbuße handelt, durch die Festsetzung eines höheren Betrages, als er in der WDO vorgesehen ist.

Die Vorschriften über die Strafart werden verletzt durch Aussprechen einer der Strafgewalt über den Untergebenen nicht entsprechenden Strafe.

Der Art nach nicht vorgesehene Disziplinarstrafen sind für den Disziplinarvorgesetzten zum Beispiel verschärfter Arrest, Soldverwaltung gegen Verheiratete, gegen Soldaten, die das fünfundzwanzigste Lebensjahr überschritten haben, und gegen Soldaten, die bereits mehr als fünf Dienstjahre haben (§ 12 Abs. 2 WDO). Auch eine Arreststrafe, die noch nicht vom Richter ihrer Art und Dauer nach für rechtmäßig erklärt worden ist (§ 28 Abs. 1 WDO), ist als der Art nach in dem Gesetz nicht vorgesehene Strafe anzusehen.

Der Höhe nach vom Gesetz nicht vorgesehene Strafen sind: Soldverwaltung über die Zeit von drei Monaten hinaus (§ 12 Abs. 1WDO), Geldbuße, die die Höhe der monatlichen Dienstbezüge übersteigt (§ 13 WDO) und Ausgangsbeschränkung über die Zeit von drei Wochen hinaus (§ 14 WDO).

Verhängt ein Disziplinarvorgesetzter eine dieser auf Grund ihrer Art oder ihrer Höhe nicht vorgesehenen Strafen, so erfüllt er damit den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 3.

Die Art und Weise, wie der Disziplinarvorgesetzte seine Strafgewalt auszuüben hat, ist in der WDO geregelt (§ 26 WDO). Aber nicht jeder Verstoß gegen diese Richtlinien des § 26 WDO bedeutet eine Tatbestandserfüllung des § 39 Abs. 1 Nr. 3, wenn man zunächst auch annehmen könnte, daß Verstöße gegen Ausübungsrichtlinien zu der Art nach unzulässigen Strafen führen könnten.

Wenn nämlich ein Disziplinarvorgesetzter für ein Dienstvergehen eine Strafe verhängt, die zwar in der WDO grundsätzlich vorgesehen, aber für den speziellen Fall zu streng ist, so ist keine nach Art und Höhe unerlaubte Strafe im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 3 verhängt worden. Das dem Disziplinarvorgesetzten neben dem Handlungsermessen, welches sich aus § 7 WDO ergibt, eingeräumte Auswahlermessen kann im Rahmen des § 39 Abs. 1 Nr. 3 nur auf eine Ermessensüberschreitung hin überprüft werden, ob also der Disziplinarvorgesetzte eine für ihn nicht vorgesehene Strafe verhängt hat; eine Überprüfung auf Ermessensfehlgebrauch hin ist ausgeschlossen. Eine Geldbuße, die unter Nichtbeachtung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten verhängt wird,

stellt daher keine der Höhe oder Art nach nicht vorgesehene Strafe im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 3 dar, wenn der Disziplinarvorgesetzte auch ermessensmißbräuchlich gehandelt hat. Allerdings kann hier eine Überschreitung der Disziplinarstrafgewalt gemäß § 38 2. Altern. gegeben sein.

a) Eingreifen in die Befugnisse höherer Vorgesetzter

Zweifelhaft erscheint, ob dann, wenn ein Disziplinarvorgesetzter eine Strafe verhängt, die zwar in der WDO vorgesehen ist, die jedoch nur von einem höheren Vorgesetzten beziehungsweise dem Truppendienstgericht verhängt werden kann, der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 3 erfüllt ist.

Zum früheren Militärstrafgesetzbuch wurde die Meinung vertreten, daß diejenigen Strafen, welche zwar grundsätzlich vorgesehen seien, aber die Grenzen der dem Disziplinarvorgesetzten verliehenen Disziplinargewalt überschritten, nicht unter die nach Art und Höhe nicht vorgesehenen Strafen fielen. Diese Auffassung findet sich auch in der Begründung eines Entwurfs eines WStG, 1) ohne daß hierzu nähere Ausführungen gemacht werden. ARNDT teilt diese Ansicht und führt dazu aus:

> "Nur nach § 38 strafbar ist dagegen das Eingreifen in die Befugnisse eines höheren Vorgesetzten mit gesetzlich zulässigen Strafen, so wie die Verhängung einer Laufbahnstrafe (zum Beispiel Dienstgradherabsetzung) durch den Disziplinarvorgesetzten, die nur ein Truppendienstgericht verhängen kann." 2)

Eine Begründung dieser Meinung hält auch ARNDT anscheinend für überflüssig. Indes versteht sich diese Auffassung keineswegs von selbst. So ist etwa die Verhängung einer Laufbahnstrafe wie zum Beispiel Gehaltskürzung, die nur im disziplinargerichtlichen Verfahren zulässig ist (§ 43 Abs. 1 Nr. 1 WDO), im Unrechtsgehalt nicht geringer, wenn sie von einem Disziplinarvorgesetzten vorgenommen wird, als die Verhängung einer Geldbuße, die den einmonatigen Betrag der Dienstbezüge des Bestraften übersteigt.

---

1) Bundestagsdrucksachen 3040 Bd. 47
2) Arndt S. 242

Nach dem Wortlaut des § 39 Abs. 1 Nr. 3 ist zudem eine solche Auslegung nicht zwingend, denn ein Disziplinarvorgesetzter, der in die Befugnisse eines höheren Disziplinarvorgesetzten eingreift, verhängt eine für seine Strafgewalt der Art nach im Gesetz nicht vorgesehene Strafe. So gesteht LAUERER auch zu, daß man dem Wortsinn des Gesetzes nach durchaus Strafen, mit denen in die Befugnisse höherer Kompetenzen eingegriffen werde, als der Art nach unerlaubt bezeichnen könne, meint aber, daß es sinnverwirrend sei, Strafen, die an sich vorgesehen seien, als unerlaubt zu bezeichnen, da der Gesetzgeber im MStG das Delikt der Verhängung einer unerlaubten Strafe besonders hervorgehoben habe. 1)

Diese Auffassung mag für das MStG zutreffend gewesen sein, für den Bereich des Wehrstrafgesetzes läßt sich nur soviel übertragen, daß ein Eingriff in die Befugnisse höherer Kompetenzen dem Wortsinn nach ohne weiteres als die Verhängung der Art nach unerlaubter Strafen angesehen werden kann. Die Befürchtung, zu einer sinnverwirrenden Lösung zu kommen, besteht im Wehrstrafrecht nicht, denn es ist belanglos, daß gleichzeitig eine Anmaßung der Disziplinargewalt im Sinne des § 38 1. Altern. vorliegt, zumal diese Vorschrift gegenüber § 39 subsidiär ist.

Für § 39 Abs. 1 Nr. 3 kommt es somit nur darauf an, daß die Strafe gerade für die Strafgewalt des sie aussprechenden Vorgesetzten im Gesetz nicht vorgesehen ist.

b) Verknüpfung mehrerer Disziplinarstrafen

Eine nach der Wehrdisziplinarordnung nicht vorgesehene Strafe kann sich auch aus der Verbindung mehrerer an sich im Gesetz vorgesehener Strafen ergeben. So ist es unzulässig - wie sich bereits aus dem Gesetz ergibt (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WDO) - mehrere Disziplinarstrafen wie Verweis und Soldverwaltung oder Soldverwaltung und Geldbuße zu koppeln. Eine Ausnahme besteht in dieser Hinsicht nur bei der Arreststrafe. Neben Arrest kann zusätzlich Soldverwaltung und Ausgangsbeschränkung oder eine dieser Strafen verhängt werden. (§ 1o Abs. 2 Satz 1 WDO).

Werden somit für ein Dienstvergehen zum Beispiel zwei Arreststrafen von je 21 Tagen ausgeworfen, so daß insgesamt eine Freiheitsstrafe von 42 Tagen entsteht, dann wird damit eine in der WDO nicht vorgesehene Strafe verhängt. 2)

Eine solche Kumulierung ist auch dann unzulässig, wenn sie damit begründet wird, daß mehrere Dienstvergehen geahndet werden sollen. § 8 Abs. 2 WDO sieht nämlich vor, daß mehrere Pflichtverletzungen als ein Dienstvergehen zu ahnden sind.

1) vgl. Lauerer S. 46

2) Dieser Fall hat kaum praktische Bedeutung, da bei der Verhängung jeder Arreststrafe ein Richter mitwirken muß; er dient aber zur Verdeutlichung des Problems.

Wenn ein Disziplinarvorgesetzter das zurückliegende Verhalten eines Untergebenen zu beurteilen hat, so kann es daher niemals mehrere Dienstvergehen, sondern höchstens mehrere Pflichtverletzungen enthalten. Es ist somit disziplinarrechtlich unzulässig, mehrere Disziplinarstrafen zu verbinden oder gleichzeitig zu verhängen, um verschiedene Dienstvergehen eines Untergebenen zu ahnden, 1) da nur das Vorliegen mehrerer Pflichtverletzungen denkbar ist.

Diese Unzulässigkeit erklärt sich aus der bereits erwähnten sogenannten Lehre von der Einheit des Dienstvergehens. 2) Für das Wehrrecht wird diese Lehre abgeleitet aus der Gesetzesfassung des § 23 Abs. 1 SG:

> "Der Soldat begeht ein Dienstvergehen, wenn er schuldhaft seine Pflichten verletzt."

Aus dem Wortlaut dieser Bestimmung, daß nur ein Dienstvergehen vorliegt, wenn auch möglicherweise mehrere Pflichtverletzungen erfolgt sind, ergibt sich, daß alle zur Zeit der Bestrafung noch unbestraften Pflichtverletzungen in die Gesamtwertung des Verhaltens des Soldaten miteinbezogen werden müssen und daß hierfür nur eine gemeinsame Strafe verhängt werden darf. 3) Die isolierte Bewertung einzelner Pflichtverletzungen läßt sich mit dem Zweck des Disziplinarrechts nicht vereinbaren, da die Frage, welche disziplinare Maßnahme zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit der Truppe erforderlich ist, nur unter Berücksichtigung der Gesamtpersönlichkeit und des Gesamtverhaltens beantwortet werden kann. 4) Nur diese Lehre von der Einheit des Dienstvergehens wird dem Wesen des Disziplinarrechts gerecht. Mit der Verknüpfung mehrerer gleicher oder auch ungleicher Strafen wird daher stets - es sei denn, eine Koppelung sei ausnahmsweise nach der Sonderregelung des § 10 Abs. 2 WDO zulässig - eine der Art nach nicht vorgesehene Strafe verhängt.

Auch die Koppelung einer an sich zulässigen Disziplinarstrafe mit einer Maßnahme kann zu einer unerlaubten Strafe führen. 5)

---

1) vgl. Saint-George in Wehrkunde 1968, 194
2) vgl. allgemein zum "Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens" Claussen-Jantzen Einl. B 6 - 7 m.w.N.
   BDH 3, 180 (182)
3) vgl. Faust S. 162
4) vgl. zum allgemeinen Disziplinarrecht:
   Schütz S. 86
   Claussen-Jantzen Einl. B 6
5) vgl. dazu die Ausführungen zu § 39 Abs. 1 Nr. 4

Die Anwendung der Lehre von der Einheit des Dienstvergehens - das kann an dieser Stelle ergänzt werden - läßt im Wehrdisziplinarrecht viele Probleme, die im allgemeinen Strafrecht Schwierigkeiten bereiten könnten, gar nicht erst entstehen.

So kann die Frage, ob das Verbot der Mehrfachbestrafung auch eingreift, wenn eine Pflichtverletzung, die an sich selbständig zu bestrafen gewesen wäre, nicht geahndet wurde, mit Hilfe dieses Grundsatzes leicht beantwortet werden. Auch die Frage, ob möglicherweise ein Verfolgungshindernis im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 2 dann gegeben sein könnte, wenn nach einer Bestrafung wegen eines Dienstvergehens der Betreffende nochmals für ein anderes Dienstvergehen bestraft wird, das er vor der ersten Bestrafung begangen hat, wird unter dem Aspekt der Einheit des Dienstvergehens unproblematisch.

Ausgehend vom Grundsatz der Einheit des Dienstvergehens ist das Fehlverhalten des Soldaten stets einheitlich zu würdigen. Wenn somit eine zurückliegende Pflichtverletzung straflos gelassen wurde, so kann sie dennoch bei einer erneuten Verfehlung mitberücksichtigt werden. Das gilt auch, wenn sie bestraft worden ist. In diesem Fall kann sie sogar insofern besonders von Interesse sein, weil sie Aufschluß über die Wirkung der Strafe auf den Soldaten geben kann.

Wenn bei einer disziplinaren Bestrafung eine Verfehlung des Bestraften nicht bekannt war und daher nicht mitberücksichtigt werden konnte, so kann sie dennoch später geahndet werden, wenn sie dem Disziplinarvorgesetzten bekannt wird, da möglicherweise diese Pflichtverletzung so schwerwiegend sein kann, daß sie eine Untragbarkeit des Soldaten ergibt. Das gilt selbst dann, wenn nach einer Bestrafung Verfehlungen bekannt werden, die nur vorausgehende unbekannte Teilakte einer fortgesetzten Handlung im strafrechtlichen Sinne sind. Strafrechtliche Begriffe, wie fortgesetzte Handlung oder "ne bis in idem" gelten insoweit im Disziplinarrecht nicht. 1)

c) Verschärfung von Disziplinarstrafen

Umstritten in der Literatur ist die Frage, ob die Verschärfung einer mit einer Beschwerde angefochtenen Disziplinarstrafe

---

1) vgl. Claussen-Jantzen Einl. B 8 m.w.N.

unter § 39 Abs. 1 Nr. 3 fällt. Eine Verschärfung ist dem Disziplinarvorgesetzten nach § 30 Ziffer 4 WDO verboten, soweit er über eine Beschwerde entscheidet.

Der Meinung, eine Verletzung der Vorschrift des § 30 Ziffer 4 WDO erfülle den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 3, 1) wird von KOHLHAAS mit der Begründung widersprochen, daß in diesem Falle nicht die gesetzlichen Vorschriften bezüglich der Art und Höhe einer Disziplinarstrafe überschritten würden, sondern nur das vom unteren Disziplinarvorgesetzten vorher gewählte Maß. Es sei daher kein Raum für § 39 Abs. 1 Nr. 3, sondern allenfalls für § 38. 2)

Diese Ansicht kann schon deswegen nicht überzeugen, weil sie ausschließlich auf eine formalistische und enge Interpretation des § 39 Abs. 1 Nr. 3 gestützt wird.

Für den Straftatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 3 kommt es darauf an, daß gerade die verhängte Strafe der Art und Höhe nach im Gesetz nicht vorgesehen ist. Die vorgesehene Strafhöhe im Falle einer Beschwerde ergibt sich aus der vom unteren Disziplinarvorgesetzten verhängten Strafe in Verbindung mit der gesetzlichen Regelung des § 30 Ziffer 4 WDO. Wenn der mit der Beschwerde betraute Vorgesetzte die vorher verhängte Disziplinarstrafe erhöht, so spricht er damit eine Strafe aus, die für seine Strafgewalt - und darauf kommt es ausschließlich an - der Höhe nach gesetzlich nicht vorgesehen ist.

Jede andere Ansicht würde das Schutzobjekt des § 39 WStG verkennen.

d) Nachteil für den Untergebenen

Die nach Art oder Höhe in der WDO nicht vorgesehene Strafe muß sich nachteilig für den Untergebenen auswirken. Das bedeutet, daß § 39 Abs. 1 Nr. 3 unanwendbar ist, wenn der Gesetzesverstoß des Disziplinarvorgesetzten den Untergebenen begünstigt. 3)

Ein Handeln zum Nachteil liegt daher zum Beispiel nicht vor, wenn der Disziplinarvorgesetzte das gesetzliche Mindestmaß

---

1) so Dreher § 39 Anm. 8
2) Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 5
3) vgl. Schäfer § 39 Anm. 5

bei der Verhängung von Ausgangsbeschränkung oder Arrest unterschreitet, das jeweils drei Tage beträgt (§ 14 Abs. 2; § 15 Abs. 2 WDO). Das gleiche gilt, wenn ein Disziplinarvorgesetzter entgegen der zwingenden Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 2 WDO einen vorsätzlichen Bruch der Ausgangsbeschränkung statt mit Arrest, wie in der WDO vorgesehen, nur mit einem Verweis ahndet. 1)

In Einzelfällen können sich Zweifel daran ergeben, ob eine ungesetzliche Strafe tatsächlich dem Untergebenen zum Nachteil gereicht. So ist es insbesondere fraglich, ob zwei leichtere Strafen statt einer an sich verwirkten schwereren Strafe sich für den Untergebenen nachteilig auswirken. Es ist durchaus denkbar, daß es einem Soldaten angenehmer ist, wenn gegen ihn an Stelle einer an sich angebrachten Geldbuße ein Verweis in Verbindung mit Soldverwaltung oder statt einer Arreststrafe ein Verweis in Verbindung mit einer Geldbuße ausgesprochen wird. Ein Soldat mit mehr als 5 Dienstjahren mag es auch als weniger schwerwiegend empfinden, wenn gegen ihn eine ungesetzliche Soldverwaltung an Stelle einer an sich angebrachten Ausgangsbeschränkung verhängt wird.

Auf den jeweiligen Einzelfall darf jedoch bei der Frage, ob der Disziplinarvorgesetzte eine nicht vorgesehene Strafe zum Nachteil des Untergebenen verhängt hat, nicht abgestellt werden. 2) "Zum Nachteil" ist objektives Tatbestandsmerkmal. Es ist daher nicht entscheidend, wie der bestrafte Untergebene die Strafe empfindet. Es braucht auch auf Seiten des bestrafenden Disziplinarvorgesetzten keine Nachteilszufügungsabsicht vorzuliegen.

Da sich aber objektiv nicht bestimmen läßt, welche Strafart sich jeweils weniger nachteilig auswirkt, muß die Frage, "zum Nachteil"? grundsätzlich so entschieden werden, daß jede im Gesetz nicht vorgeschriebene Straftat als nachteilig angesehen wird. 3) Nicht "zum Nachteil" kann eine Strafe nur dann sein,

---

1) vgl. Dreher § 39 Anm. 8
Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 5

2) vgl. Jagusch in JZ 1953, 688 (690)
RGSt 2, 205
RGSt 66, 203
Löwe-Rosenberg § 331 Anm. 4
Kaufmann in JZ 1958, 297

3) vgl. Jagusch in JZ 1953, 688 (670):
"Entscheiden kann also nur ein objektiver Maßstab. Dieser wiederum läßt sich nicht durch Vergleichung des Unvergleichbaren gewinnen. Der objektive Maßstab kann mithin notwendig nur allgemein-abstrakter Art sein."

wenn sie von der Höhe her das gesetzliche Mindestmaß überschreitet. Nur in diesem Fall liegt objektiv kein Nachteil für den Betroffenen vor. Eine andere Lösung ist nicht justiziabel.

4. Die Ahndung von Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen (§ 39 Abs. 1 Nr. 4)

§ 39 Abs. 1 Nr. 4 stellt die Ahndung von Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen unter Strafe.

Es muß sich im Falle des § 39 Abs. 1 Nr. 4 immer um Maßnahmenaus Anlaß eines Dienstvergehens im Sinne des § 23 SG handeln. Damit treffen die folgenden Erörterungen nicht für den Fall zu, daß Maßnahmen angeordnet werden, die ausschließlich Lücken in der Ausbildung schließen sollen. Maßnahmen, die nur der Ausbildung oder dem Dienst dienen und nicht wegen eines Dienstvergehens angeordnet werden, können eventuell unter § 31 oder § 32 WStG fallen, nicht aber unter § 39. 1) Zu beachten ist, daß als Dienstvergehen im Sinne des § § 39 Abs. 1 Nr. 4 auch ein formelles, das heißt nur vom Vorgesetzten behauptetes Dienstvergehen ausreicht, da sonst der Fall, daß ein Disziplinarvorgesetzter eine Maßnahme gegenüber einem Unschuldigen anordnet, nicht von § 39 Abs. 1 Nr. 4 erfaßt würde.

Um verständlich zu machen, warum der Gesetzgeber auch den Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt bei der Anordnung von Maßnahmen in § 39 WStG erfaßt hat und um § 39 Abs. 1 Nr. 4 von dem zuvor erörterten § 39 Abs. 1 Nr. 3abgrenzen zu können, ist eine Interpretation des Begriffs "Maßnahme" im Gegensatz zum Begriff Disziplinarstrafe" erforderlich.

a) Abgrenzung der Begriffe "Disziplinarstrafe" - "Maßnahme"

Mit der Disziplinarstrafe soll wie mit der Kriminalstrafe ein von Schuld getragenes Unrecht geahndet werden. Das Disziplinarrecht ist insofern Kriminalstrafrecht im weiteren Sinne. 2) Während aber die Kriminalstrafe alle wichtigsten Bereiche sozialen Zusammenlebens, beziehungsweise alle sozial wichtigsten Interessen mit besonders starkem Schutz versehen soll, 3) besteht die Aufgabe des militärischen Disziplinarrechts nur darin, einen einzigen Bereich, nämlich die Funktionsfähigkeit der Truppe zu sichern und zu fördern. Aus diesem Grunde kommt es bei der Disziplinarstrafe in erster Linie auf die Erziehung an. Vergeltung und allgemeine Ab-

1) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 6; Schäfer § 39 Anm. 6; Schäfer spricht daher von Maßnahmen "zwecks Ahndung".
2) vgl. Arndt S. 35
3) vgl. Baumann S. 7

schreckung sind erst in zweiter Linie von Bedeutung. 1) Das Disziplinarstrafrecht ist Pflichtenstrafrecht; 2) die Disziplinarstrafe soll Mahnung sein, sich an die bestehende soldatische Ordnung halten. 3)

Eine disziplinare Bestrafung stellt aber nur das letzte und schwerste Mittel dar, welches dem Disziplinarvorgesetzten zur Erfüllung seiner Aufgaben zur Verfügung steht. Die Skala der Mittel reicht vom persönlichen Beispiel über Lob, formelle Anerkennung und erzieherische Maßnahmen bis zu den einzelnen Disziplinarstrafen.

Welche Stellung die Maßnahme in diesem System einnehmen, läßt sich an der Anwendungsrichtlinie des § 26 Abs. 3 WDO erkennen:

> "Arreststrafen sollen erst verhängt werden, wenn vorausgegangene erzieherische Maßnahmen und Disziplinarstrafen ihren Zweck nicht erreicht haben oder die Aufrechterhaltung der militärischen Ordnung eine disziplinare Freiheitsstrafe gebietet."

Maßnahmen stellen also im Verhältnis zu Disziplinarstrafen das leichtere Mittel dar, die Funktionsfähigkeit der Truppe aufrechtzuerhalten und zu fördern.

Eine Unterscheidung der Maßnahme von der Disziplinarstrafe kann sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht erfolgen.

aa) Die formelle Unterscheidung von Maßnahmen und Disziplinarstrafen

Der formelle Unterschied zwischen einer Disziplinarstrafe und einer Maßnahme bereitet wenig Schwierigkeiten. Disziplinarstrafen im formellen Sinne sind nur die, die in den abschließenden Bestimmungen der §§ 10 und 43 WDO genannt werden. Daß es darüber hinaus keine Disziplinarstrafen geben soll, ergibt sich aus der gesetzlichen Fassung des § 10 Abs. 1 WDO:

> "Die Disziplinarstrafen, die von den Disziplinarvorgesetzten verhängt werden können, sind ...."

Diese in § 10 WDO aufgezählten Disziplinarstrafen, das heißt die formellen Disziplinarstrafen, dürfen nur unter Einhaltung der gesetzlichen Formvorschriften verhängt und vollstreckt werden. Diese Vorschriften schreiben ein förmliches Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien für den Beschuldigten vor. 4)

---

1) Claussen-Jantzen S. 2
2) vgl. Dietz S. 44
3) vgl. zu den Zwecken der Disziplinarstrafe: Fliedner in ZBR 1969, 140 ff m. w. N.

4) vgl. v. Mitzlaff in NZW 1961, 53

Im Gegensatz zu den Disziplinarstrafen ist bei den Maßnahmen weder sachlich noch verfahrensmäßig eine gesetzliche Regelung erfolgt. Sie sind daher in weitem Umfang ungeschriebenes Recht, wenn auch der Bundesminister der Verteidigung im Befehlswege eine innerdienstliche Regelung getroffen hat, auf die noch näher einzugehen sein wird. Art, Umfang und Durchführung müssen daher nach ihrem Zweck, nach allgemeinen militärischen Grundsätzen und innerdienstlichen Weisungen bestimmt werden. Es gibt keine Formerfordernisse. Die Vollstreckung erfolgt formlos im Anschluß an die Anordnung.

bb) Materielle Unterschiede

Der formelle Unterschied beider Institute ist nicht der entscheidende, mit ihm ist auch keine brauchbare Abgrenzung zwischen § 39 Abs. 1 Nr. 3 und § 39 Abs. 1 Nr. 4 zu erreichen; wichtiger ist daher der materielle Unterschied. Wenn es keine qualitative Unterscheidung zwischen Maßnahme und Disziplinarstrafe gäbe, hätte das die praktische Konsequenz, daß Disziolinarvorgesetzte Dienstvergehen, die an sich eine Disziplinarstrafe erfordert hätten, häufig mit Maßnahmen ahnden würden, um dadurch das gelegentlich lästige, weil mit mehr Aufwand verbundene Verfahren bei der Verhängung von Disziolinarstrafen zu vermeiden. Mit der Anordnung einer Maßnahme wäre der gleiche Zweck erreichbar, wie mit einer Disziplinarstrafe. Ein derartiges Vorgehen wäre vor allen Dingen für die betroffenen Untergebenen insofern nachteilig, als sie hierbei nur auf die allgemeine Beschwerde nach § 1 WDO angewiesen wären und die Dienstaufsicht der höheren Vorgesetzten (§ 32 WDO) erschwert wäre.

Auch wäre die Kontrollmöglichkeit, die durch die in § 42 WDO bei Strafen vorgesehenen Vermerke in den Disziplinarbüchern gegeben ist, ausgeschaltet. Der Willkür militärischer Vorgesetzter könntenur schwer Schranken gesetzt werden, wenn das Ermessen der Vorgesetzten bezüglich Art und Dauer der Maßnahmen insofern nicht gesetzlich eindeutig begrenzt wäre, als sie eigentlich Disziplinarstrafen unter Mißachtung der die Art und Dauer betreffenden Vorschriften unter dem Mantel erzieherischer Maßnahmen verhängen könnten. Zwar gibt es auch für die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen gewisse Voraussetzungen,

aber diese sind nicht zusammenhängend gesetzlich - wie bei den Disziplinarstrafen in der WDO - geregelt.

Letztlich würde daher bei Fehlen eines materiellen Unterschiedes der Grundsatz verletzt, daß jedes staatliche Handeln einer Rechtmäßigkeitskontrolle unterworfen ist und für die Rechtmäßigkeit bestimmte Voraussetzungen vorliegen müssen. Die Disziplinargewalt des Disziplinarvorgesetzten über seine Untergebenen ist nämlich als Teil der einheitlichen Staatsgewalt Ausübung hoheitlicher Macht.

Der wesentliche Unterschied im materiellen Bereich liegt im Zweck beider Institute. 1) Während mit der Disziplinarstrafe genauso wie mit der Kriminalstrafe, wenn auch mit unterschiedlichen Akzenten, sowohl spezialpräventive als auch generalpräventive Zwecke verfolgt werden, ist die disziplinare Maßnahme auf Erziehung und Ausbildung, also ausschließlich auf spezialpräventive Zwecke beschränkt. 2) Diese Einschränkung in der Zweckbestimmung ist unverzichtbar, denn sie allein erlaubt eine materielle Unterscheidung zwischen Strafen und Maßnahmen.

Es ist daher äußerst bedenklich, wenn MARIGNONI, um dem Disziplinarvorgesetzten größere Möglichkeiten zur Sicherung der Disziplin zu geben, in Erwägung zieht, dieses materiellrechtliche Unterscheidungskriterium dadurch abzubauen, daß neben den Disziplinarstrafen strafähnliche Maßnahmen zugelassen werden. 3)

Wenn er dabei als einzigem Bedenken von einer "schwer zu bewältigenden Komplizierung" spricht, so übersieht er, daß hiermit auch jede Abgrenzungsmöglichkeit im materiellen Bereich aufgegeben wird.

Es ist darum ohne jedes Zugeständnis daran festzuhalten, daß Strafzwecke mit einer erzieherischen Maßnahme nicht verfolgt werden dürfen. Liegen diese Zwecke dennoch vor, so hat die Maßnahme Strafcharakter und ist unerlaubt.

Daß die Maßnahme keinen Strafcharakter haben darf, ergibt sich auch aus der in § 21 Abs. 1 WDO enthaltenen Wendung:

---

1) vgl. Kranzbühler S. 12;
Schwinge § 118, Anm. II
2) vgl. Müller in Wehrkunde 1960, 571;
Burkhardt in ZWR 1943, 28
3) Marignoni in NZW 1964, 58

> "... so prüft der Disziplinarvorgesetzte, ob er es bei ... einer anderen zulässigen Maßnahme bewenden lassen (oder) ob er bestrafen ... will."

Das Gesetz macht hier einen deutlichen Unterschied zwischen der Anordnung einer Maßnahme und einer Bestrafung. Ferner ist dieser Schluß aus der abschließenden Regelung der Strafen in der WDO zu ziehen, 1) in der sämtliche Strafen und die Vollstreckungen einzeln aufgeführt sind. Daran wird deutlich, daß das, was nicht in diesem Gesetz als Strafe vorgesehen ist, auch nicht als Strafe verhängt werden darf. 2) Es soll den Disziplinarvorgesetzten nicht möglich sein, durch die Anordnung irgendwelcher Maßnahmen nicht vorgesehene und unkontrollierbare Strafe zu verhängen. 3)

Der Fall, daß eine unerlaubte Maßnahme zur Ahndung eines Dienstvergehens verhängt wird, wird deswegen vom Gesetz im gleichen Maße für strafwürdig angesehen wie die übrigen Fälle des § 39 Abs. 1, weil auf Grund der fehlenden formellen Erfordernisse der Disziplinarvorgesetzte bei der Anordnung einer Maßnahme weniger einer so intensiven Rechtmäßigkeitskontrolle unterworfen ist wie bei Disziplinarstrafen. Er hat mehr Ermessensspielraum, zwangsläufig aber auch größere Verantwortung, so daß ein Mißbrauch in diesem Bereich im Unrechtsgehalt dem bei der Verhängung unzulässiger Strafen entspricht.

b) Maßnahmen mit Strafcharakter

Wie bereits erwähnt wurde, ist eine Maßnahme dann im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 4 unerlaubt, wenn sie Strafzwecke verfolgt, das heißt wenn sie materiell eine Bestrafung darstellt, formell aber als Maßnahme verhängt wird.

Die Auffassung, daß das Erfordernis des fehlenden Strafcharakters ausschließlich bedeute, daß die erzieherische Maßnahme nur der Sache nach keine in der WDO vorgesehene Disziplinarstrafe sein dürfe, 4) ist zu eng. Jede Maßnahme, auch wenn sie nicht einer in der WDO vorgesehenen Strafe entspricht, wird durch einen mitverfolgten Strafzweck zu einer Strafe und bildet

---

1) Schattenberg-Scherer § 35 Anm. III
2) vgl. v. Mitzlaff in NZW 1961, 52
3) Schattenberg-Scherer § 35 Anm. II
4) so Mar-ignoni in NZW 1964, 52

damit eine unerlaubte Maßnahme. Die Auffassung jedoch, daß eine Maßnahme nicht einmal den Anschein einer Strafe erwekken dürfe, sondern allein der Erziehung und Ausbildung dienen und daher diesbezüglich Selbstzweck sein müsse, 1) geht zu weit. Dieser Anschein ist nicht immer ganz zu vermeiden. 2)

Zwecke, wie Vergeltung für persönliche Schuld oder Sühne für begangenes Unrecht, müssen aber ganz entfallen. Es ist falsch, wenn nur gefordert wird, daß generalpräventive Zwecke stark zurücktreten; 3) diese Gedanken dürfen überhaupt keine Rolle spielen. Auch die Meinung, daß es entscheidend immer darauf ankomme, ob die verhängten Maßnahmen sich äußerlich erkennbar als Strafen geben, 4) ist nicht ganz zutreffend. Entscheidend ist vielmehr, ob sie sich als Strafen auswirken oder als solche gedacht sind, selbst wenn sie äußerlich wie eine disziplinare Maßnahme aussehen. Es sind nämlich durchaus Maßnahmen denkbar, die für sich allein keinen Strafcharakter haben, da sie normalerweise Bestandteil des ordnungsmäßigen Dienstes sind, zum Beispiel Strafexerzieren. 5)

Wenn in der Literatur gelegentlich als Strafe das Übel angesehen wird, welches als förmliche Strafe allgemein empfunden wird und auch vom Vorgesetzten so gedacht ist, während unter einer Maßnahme jedes andere Mittel verstanden wird, mit dem anstatt einer Strafe das Dienstvergehen formlos abgegolten werden soll, 6) so ist diese Unterscheidung nur dafür verwendbar, die Tatbestände des § 39 Abs. 1 Nr. 3 und § 39 Abs. 1 Nr. 4 voneinander abzugrenzen. Für die Trennung der erlaubten Maßnahmen von den unerlaubten ist sie kaum verwendbar;

---

1) vgl. Burkhardt in ZWR 1943, 30
2) vgl. den vom BGH entschiedenen Fall in NJW 1960, 1477 ff
3) so Kranzbühler S. 13
4) so Gösser S. 34
5) vgl. Arndt S. 242
v. Richthofen § 39 Anm. 4
6) so Dreher § 39 Anm. 4

vor allen Dingen dann nicht, wenn es um den Strafcharakter einer Maßnahme geht, die aus der Anordnung eines normalen Ausbildungsdienstes besteht. In diesen Fällen muß auf den inneren Unterschied beider Institute zurückgegangen werden, der im verfolgten Zweck liegt. 1) Der Zweck wird einer Maßnahme aber jeweils entsprechend der Intention des verhängenden Vorgesetzten beigelegt. Wenn sich der Vorgesetzte bei der Anordnung der Maßnahme sagt, "er soll es büßen", verfolgt die Maßnahme bereits Vergeltungszwecke und ist damit unerlaubt. 2) Wenn damit im Einzelfall auch Beweisschwierigkeiten auftreten können, so muß man diese doch in Kauf nehmen.

Unzutreffend ist demgemäß die Meinung, daß erzieherische Maßnahmen auch dann keine Strafen seien, wenn sie vom Untergebenen als Übel empfunden würden, und selbst dann nicht, wenn sie ihrer Art nach geeignet und vom Vorgesetzten dazu bestimmt seien, die Wirkungen einer Strafe mehr oder weniger zu ersetzen. 3) Nicht zu beanstanden ist hieran lediglich, daß es nicht unbedingt von Bedeutung sein muß, ob der Untergebene die Maßnahme als Übel empfindet. Wenn jedoch eine Maßnahme die Wirkung einer Strafe ersetzen soll, dann soll sie auch deren Zweck ersetzen, mithin unter anderem abschreckend und sühnend wirken. Eine derartige Maßnahme ist aber bereits eine Strafe, da es in diesen Grenzbereichen, wenn sich der Strafcharakter der Maßnahme nicht bereits äußerlich ergibt, wie zum Beispiel bei der Anordnung sinnloser Verrichtungen, ausschließlich auf die Intention des Disziplinarvorgesetzten ankommt.

In diesem Zusammenhang sei auf die mißverständliche gesetzliche Fassung des § 39 Abs. 1 Nr. 4 hingewiesen. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 4 wird ein Disziplinarvorgesetzter mit Strafe bedroht, der ein "Dienstvergehen mit unerlaubten Maßnahmen ahndet". Das Wort "ahnden" hat nach dem Sprachgebrauch die gleiche Bedeutung wie "bestrafen". Wenn man "ahnden" in dieser Weise versteht, so hat das die Konsequenz, daß auch ein Disziplinarvorgesetzter, der ein Dienstvergehen mit erlaubten (!) Maßnahmen ahndet, den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 4 erfüllt, denn sowohl eine unzulässige als auch eine zulässige Maßnahme ist dem Sinn und Zweck des § 39 Abs. 1 Nr. 4 entsprechend rechtswidrig und damit unerlaubt, wenn mit ihr gestraft werden soll. Das Wort "unerlaubt" könnte daher ent-

---

1) vgl. Kranzbühler S. 12;
Schwinge § 118 Anm. II
2) Baden-v. Mitzlaff § 21 Anm. 3
3) Romen-Rissow § 118 Anm. 2 b
Gösser S. 34

fallen, weil es überflüssig und mißverständlich ist.

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß Maßnahmen, die nach Zweck und Inhalt, das heißt der Sache nach, eine Strafe darstellen, unerlaubt im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 4 sind. Regelmäßig bleibt damit nur die Anordnung von solchen Dienstverrichtungen zulässig, in deren mangelhafter Ausführung die Disziplinarverfehlung zu sehen war. 1) Bei An ordnung anderer Maßnahmen besteht stets die Gefahr, daß neben Erziehungs- und Ausbildungszwecken Vergeltungszwecke hineinspielen.

c) Indizien für den Strafcharakter einer Maßnahme

Wenn eine Maßnahme sich nicht schon von ihrem äußeren Erscheinungsbild her als Strafe ausweist, kann es - wie bereits erwähnt - im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, den Strafcharakter einer Maßnahme positiv festzustellen. Letztlich entscheidend für die Frage, ob eine Strafe verhängt worden ist, ist die Intention des Disziplinarvorgesetzten. Zwar wird ein Vorgesetzter häufig nicht bereit sein, sich durch die Offenlegung der von ihm bei Anordnung der Maßnahme verfolgten Absichten in einem Strafverfahren zu belasten; diese Beweisschwierigkeiten können aber dadurch überwunden werden, daß an Hand von Indizien festgestellt wird, ob nur Ausbildungs- und Erziehungszwecke oder auch Strafzwecke verfolgt wurden.

Wenn in der Begründung zu § 39 Abs. 1 Nr. 4 des Entwurfs eines WStG eine Maßnahme dann generell als unerlaubt bezeichnet wird, wenn ihre Auferlegung zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist, 2) so legt das den Schluß nahe, daß der Gesetzgeber deswegen das an sich überflüssige Adjektiv "unerlaubt" in den Tatbestand des § 39 Abs. 1 Nr. 4 aufgenommen hat, um dadurch die Bestimmung des Strafcharakters einer Maßnahme zu erleichtern. Jede Maßnahme, die unerlaubt ist stellt eine Verletzung der Rechte des Betroffenen dar und dient damit nicht ausschließlich seiner Ausbildung und Erziehung, sondern bedeutet für ihn ein zusätzliches Übel. Eine Übelzufügung aus Anlaß eines Dienstvergehens ist jedoch eine Be-

---

1) Schattenberg-Scherer § 33 Anm. II
2) Bundestagsdrucksachen 3040 Bd. 47

strafung, wenn die Mittel-Zweck-Relation verwerflich ist, das heißt, wenn eine rechtswidrige Maßnahme, die nicht zu Erziehungs- oder Ausbildungszwecken angeordnet werden darf, dennoch wegen eines Dienstvergehens verhängt wird.

Die Tatsache, daß eine Maßnahme unerlaubt ist, läßt sich somit in Zweifelsfällen dazu heranziehen, dem Vorgesetzten nachzuweisen, mit der Anordnung der Maßnahme Strafzwecke verfolgt zu haben. 1)

Wann eine Maßnahme unerlaubt ist, entscheidet sich nach dem Grundsatz, daß alles staatliche Handeln, also auch die Anordnung disziplinarer Maßnahmen rechtmäßig sein muß, denn in einem materiellen Rechtsstaat muß jede legale Machtausübung dem Rechtsgesetz als dem Prinzip der Gerechtigkeit entsprechen. 2)

Auf Grund der Einbeziehung der Streitkräfte in den umfassenden Rahmen der Vollziehenden Gewalt ergibt sich als wichtigste Folge die Bindung der Bundeswehr an Gesetz und Recht. 3) Nicht nur eine Bindung an die Schranken der Freiheitsrechte des Einzelnen, sondern an die gesamte Rechtsordnung des Staates ist bei der Anordnung jeder Maßnahme zu beachten.

Es ist somit bei disziplinaren Maßnahmen Fehlerhaftigkeit, die den Strafcharakter einer Maßnahme indizieren kann, in weitem Umfang möglich.

aa) Die formelle Fehlerhaftigkeit

Für das Verfahren bei der Anordnung von Maßnahmen bestehen keine gesetzlichen Vorschriften. Da es sich hierbei aber um ein allgemeines Verwaltungsverfahren handelt, gelten dennoch gewisse Verfahrensgrundsätze, die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben.

Der im allgemeinen Verwaltungsverfahren geltende Grundsatz, daß auf Seiten der Behörde kein Bediensteter tätig werden darf,

---

1) vgl. BGH in NJW 1960, 1477 (1480):
"Seine Tragweite (die Tragweite des Erfordernisses des inneren Zusammenhanges) wird nur dann richtig erfaßt, wenn man berücksichtigt, daß es sich bei diesem Erfordernis nur um ein Anzeichen dafür handeln kann, ob die angewandte Maßnahme ... den Charakter einer Vergeltungsmaßnahme angenommen hat."

2) vgl. Wolff I S. 138

3) Schüle S. 17

der befangen ist, hat im militärischen Bereich nur eine beschränkte Gültigkeit. Enge persönliche Beziehungen zum Gegenstand des Verfahrens oder zu den beteiligten Personen, die im Verwaltungsverfahren einen Bediensteten wegen Befangenheit ausschließen, haben diese Wirkungen im militärischen Disziplinarrecht nicht. Wenn man diese Grundsätze in vollem Umfang auf den militärischen Bereich übertragen wollte, wäre jeder Disziplinarvorgesetzte, wenn das Dienstvergehen einen Angriff auf seine Autorität darstellt, bereits als befangen abzulehnen.

Eine Maßnahme kann daher nur dann wegen Befangenheit des anordnenden Vorgesetzten unerlaubt sein, wenn auf Seiten des Vorgesetzten persönliche Beziehungen bestehen, die über das auf Grund der Disziplinargewalt übliche Maß hinausgehen.

Uneingeschränkt gilt für das Disziplinarrecht der Grundsatz des rechtlichen Gehörs. Zwar ist das militärische Disziplinarverfahren kein gerichtliches Verfahren, so daß sich dieser Grundsatz nicht aus Artikel 103 Abs. 1 Grundgesetz ableiten läßt, aber dennoch muß aus allgemeinen rechtsstaatlichen Erwägungen heraus die Geltung dieses Grundsatzes auch im disziplinaren Bereich bejaht werden.

Nach einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die in vollem Umfang auch für das militärische Disziplinarverfahren zutrifft, ist eine Ermessensentscheidung - also auch eine erzieherische Maßnahme - ohne Anhörung des von ihr Betroffenen sachlich einwandfrei schlechthin nicht denkbar. 1)

Eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs stellt daher immer sowohl einen Ermessensfehler als auch einen Verfahrensfehler dar und läßt die Maßnahme, soweit sie in die Rechtsstellung eines Betroffenen eingreift, was stets der Fall ist, wenn sie aus Anlaß eines Dienstvergehens verhängt ist, rechtswidrig und damit unerlaubt werden. 2)

Es ist bedauerlich, daß der Wehrbeauftragte zwar in seinem Jahresbericht 1967 3) eindringlich auf die große Bedeutung des rechtlichen Gehörs im allgemeinen Disziplinarverfahren hinweist, es aber versäumt, auf die Folgen einer Nichtbeachtung dieses Grundsatzes aufmerksam zu machen.

---

1) BVG in DVBl 65, 28;
vgl. Forsthoff § 12, 2;
BVG in DÖV 65, 489;
BDH in DVBl 66, 934

2) vgl. BVG 19, 221;
BVG in DVBl 65, 28

3) Jahresbericht 1967, S. 3

bb) Materielle Fehlerhaftigkeit einer Maßnahme

(a) Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes

Für jedes hoheitliche Handeln, welches die Rechtsstellung des Einzelnen beeinträchtigt, gilt das "Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes". 1) Das bedeutet, daß eine Maßnahme nur dann rechtmäßig ist, wenn für sie im konkreten Einzelfall eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden ist.

Wenn ein Dienstvergehen vorliegt, bildet die Ermächtigungsgrundlage für das Einschreiten des Disziplinarvorgesetzten § 10 Abs. 2 und 5 SG und § 21 Abs. 1 WDO.

Diese Ermächtigungsgrundlage greift aber nur ein, wenn der Betroffene ein Dienstvergehen tatsächlich begangen hat. Behauptet der Disziplinarvorgesetzte nur das Vorliegen eines Dienstvergehens und wendet die Maßnahme gegen einen Unschuldigen an, so ist diese unerlaubt, weil es ihr an einer Ermächtigungsgrundlage fehlt.

(b) Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der vollziehenden Gewalt

Nach dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, dem auch die Bundeswehr als Teil der vollziehenden Gewalt unterworfen ist, darf keine hoheitliche Maßnahme gegen die Rechtsordnung verstoßen. Eine disziplinare Maßnahme als Ausübung hoheitlicher Gewalt, die gegen die Rechtsordnung verstößt, ist daher unerlaubt.

Die Rechtsordnung umfaßt von den fundamentalen Rechtsnormen über die Grundgesetzbestimmungen und die Gesetze auch Rechtsverordnungen und innerdienstliche Weisungen.

(aa) Verstoß gegen fundamentale Rechtsnormen

Als fundamentale Rechtsnormen sind diejenigen Rechtsgrundsätze anzusehen, die sich aus der Anwendung des Prinzips der Gerechtigkeit ergeben. 2) Als solche sind besonders das Gleichheitsgebot, der Grundsatz der Erforderlichkeit, das Verbot der Sittenwidrigkeit und das Übermaßverbot hervorzuheben.

---

1) vgl. Wolff § 30 III a
2) Wolff § 25 I a

Durch einen Verstoß gegen die fundamentale Rechtsnormen, zum Beispiel durch eine grundlos ungleiche Behandlung eines Soldaten wird eine Maßnahme unerlaubt. 1)

Jede an sich zulässige Maßnahme kann dadurch, daß sie weiter ausgedehnt wird als es zur Erreichung des nach pflichtgemäßer Prüfung notwendig erscheinenden Zwecks erforderlich ist, unerlaubt werden. 2)

Auch sinnlose Anordnungen, das heißt Maßnahmen, die keinem Erziehungs- oder Ausbildungszweck dienen, stellen immer unerlaubte Maßnahmen dar, da sie unter Verletzung des Grundsatzes der Erforderlichkeit angeordnet werden. 3)

Der Grundsatz der Erforderlichkeit hat weiterhin die Konsequenz, daß zwar alles, was Gegenstand oder Inhalt des militärischen Dienstes sein kann, vom Disziplinarvorgesetzten als erzieherische Maßnahme verwandt werden kann, aber in der Regel auch nur das. 4)

Damit kann jeder Dienst, also Formal- oder Gefechtsausbildung, Waffenreinigungen oder Bekleidungsappell - solange kein Strafzweck verfolgt wird - als disziplinare Maßnahme angeordnet werden, während auf der anderen Seite alle Verrichtungen, die nicht Gegenstand des Dienstes sein können, auch nicht als disziplinare Maßnahme befohlen werden können.

Bei derartigen Verrichtungen, wie zum Beispiel sinnlosen oder dienstlich nicht gerechtfertigten Arbeiten, wie dem Reinigen der Privatfahrzeuge von Vorgesetzten, 5)fehlt es am Ausbildungszweck und damit an der Erforderlichkeit der Maßnahme. Selbst, wenn bei einer solchen Maßnahme ein Erziehungszweck vorliegen sollte, bleibt die Maßnahme unerlaubt, denn dieser allein ist nicht ausreichend.

Der allgemeine Grundsatz der Erforderlichkeit ist vom Gesetzgeber im Soldatengesetz berücksichtigt worden. Nach § 10 Abs. 4 SG

---

1) Baden-v. Mitzlaff § 21 Anm. 3
2) vgl. Lauerer S. 47;
RMG 18, 124
3) vgl. Burkhardt in ZWR 1943, 30
4) vgl. Arndt S. 242
5) vgl. Kranzbühler S. 13

darf ein Vorgesetzter nur Befehle zu dienstlichen Zwecken erteilen. Auch aus dieser Bestimmung ergibt sich somit, daß Maßnahmen, die in keiner Beziehung zum Dienststehen, unerlaubt sind. Dabei ist allerdings zu beachten, daß eine unsachgemäße oder unerlaubte Maßnahme andererseits durchaus einen dienstlichen Zweck haben kann. 1)

Zu den fundamentalen Rechtsnormen gehört weiterhin der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser besagt, "daß das gewählte Mittel und der gewollte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen müssen". 2)

Als Beispiel für die Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme sei der Fall genannt, daß ein Kompaniechef einen Soldaten aus dem Urlaub zurückruft, weil eine in seiner Abwesenheit durchgeführte Spindkontrolle gezeigt hat, daß sein Schrank in einem unordentlichen Zustand war. Diese Maßnahme ist deswegen unerlaubt, weil der Eingriff in die Freiheit des Soldaten und die durch eine Unterbrechung des Urlaubs entstehenden Kosten in keinem vernünftigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck, der Aufrechterhaltung der Ordnung und Sauberkeit steht. 3) Der Strafcharakter ist damit indiziert.

(bb) Verletzung verfassungsgestaltender Grundentscheidungen

Auch Maßnahmen, die unter Mißachtung der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen angeordnet werden, sind rechtswidrig und damit unerlaubt. Unter verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen sind dabei die auf einer Entscheidung des Staatsträgers beruhenden Gestaltungsprinzipien des staatlichen Lebens zu verstehen. 4)

---

1) Jescheck S. 85
2) BVerfGE 10, 117
3) vgl. Dreher § 39 Anm. 9:
"Bei der Beurteilung werden auch Ähnlichkeit und Verhältnismäßigkeit des Mittels ... eine Rolle zu spielen haben."
Arndt S. 242
vgl. auch die sehr instruktiven Beispiele, die der Wehrbeauftragte im Jahresbericht 1968 S. 6 f anführt
4) vgl. Wolff § 25 II a

Das wichtigste Ergebnis einer derartigen Grundentscheidung ist die freiheitlich-demokratische Grundordnung der Bundesrepublik Deutschland. 1) In unmittelbarem Zusammenhang mit dieser Grundentscheidung ist das Leitbild vom Staatsbürger in Uniform geschaffen worden, denn ein freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat verlangt notwendigerweise - wie bereits erwähnt - einen seiner staatsbürgerlichen Rechte sowie seiner Verantwortung bewußten Soldaten. Zur Wahrung und Förderung dieses Leitbildes wurden die Grundsätze der Inneren Führung entwickelt, deren Hauptanliegen darin besteht, die soldatische Ordnung auf der Grundlage und unter Beachtung der rechtsstaatlichen Grundsätze zu vollziehen. Insofern stellt die Verwirklichung der Grundsätze über die Innere Führung die Verwirklichung der freiheitlich-demokratischen Wertordnung im militärischen Bereich dar.

Wenn man die Grundsätze der Inneren Führung so sieht, sie also als unmittelbaren Ausfluß der verfassungsgestaltenden Grundentscheidung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung betrachtet, dann sind sie nicht nur, wie häufig und vor allen Dingen in der jüngsten Zeit beanstandet wird, "eine Konzession an die SPD", um die Sozialdemokraten für eine Wiederbewaffnung der Bundesrepublik zu gewinnen, 2) sondern Bestandteil der Rechtsordnung.

Die Grundsätze der Inneren Führung haben teils ihren Niederschlag in Gesetzen gefunden, wie zum Beispiel in Artikel 17a des Grundgesetzes, der die Grundrechte der Soldaten in weitem Umfang garantiert, oder in der Wehrbeschwerdeordnung, teils wirken sie sich aber auch in Randgebieten des Rechts aus und berühren soziologische, psychologische und pädagogische Bereiche, indem sie sich auf Fragen des militärischen Führungsstils auswirken.

So klar und eindeutig die Frage zu beantworten ist, daß eine Maßnahme, die den Grundsätzen der Inneren Führung zuwiderläuft, unerlaubt ist, so schwierig ist jedoch die Feststellung, welcher Grundsatz der Inneren Führung im Einzelfall verletzt ist. Der Begriff der Inneren Führung ist zu komplex, als daß man ihn in einzelne Teilezerlegen könnte, um in jedem Einzelfall eine Verletzung der Grundsätze genau zu umschreiben. Das bringt

---

1) vgl. BVerfGE 2, 12
2) vgl. Der Spiegel 1969, Nr. 15 S. 33 (Affäre Grashey)

für den strafrechtlichen Bereich gewisse Schwierigkeiten mit sich. Zwar verstößt eine Maßnahme, die die Grundsätze der Inneren Führung mißachtet, gegen die verfassungsgestaltende Grundentscheidung für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, ob aber diese Maßnahme damit schon unerlaubt ist, erscheint problematisch. Es erfordert ein Eingehen auf allgemeine verwaltungsrechtliche Grundsätze, um diese Schwierigkeiten deutlich zu machen.

In der Bundeswehr gilt im disziplinaren Bereich das Opportunitätsprinzip. Es besteht in disziplinaren Angelegenheiten eine gewisse Entscheidungsfreiheit des Disziplinarvorgesetzten. Ihm ist insofern ein Ermessen eingeräumt, als die enge Verknüpfung zwischen Voraussetzung und Rechtsfolge, die sonst dadurch gegeben ist, daß jede Behörde zu prüfen hat, ob die bestimmte Voraussetzung einer Rechtsvorschrift im konkreten Fall vorliegt, und danach die Rechtsfolge, die das Gesetz abstrakt enthält, für den Einzelfall auszusprechen hat, für den Disziplinarvorgesetzten aufgelockert worden ist. Wenn ein Dienstvergehen vorliegt, kann er bestrafen oder eine Maßnahmeanordnen, muß es aber nicht. Damit wird selbstverständlich der Grundsatz nicht angetastet, daß er eine Rechtsfolge nicht anordnen darf, wenn deren Voraussetzungen nicht vorliegen. Stets ist daher auch von hierher gesehen, die Anordnung einer Maßnahme gegenüber einem Unschuldigen rechtswidrig. Die Ermessensfreiheit des Disziplinarvorgesetzten besteht nur daraus, im Einzelfall nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten die passende Rechtsfolge wählen zu können. 1)

Bei einer solchen Ermessensentscheidung eines Disziplinarvorgesetzten können Ermessensfehler auftreten. Diese Ermessensfehler unterteilen sich in Ermessensüberschreitung und Ermessensfehlgebrauch. 2) Daß eine Ermessensüberschreitung, also die Wahl einer nicht vorgeshenen Rechtsfolge, unproblematisch ist, wurde bereits bei der Erörterung des § 38 2. Altern. deutlich. Eine Ermessensüberschreitung bei der Anordnung einer erzieherischen Maßnahme liegt dann vor, wenn eine in sich schon unerlaubte Maßnahme verhängt wird. Schwierigkeiten treten erst beim Ermessensfehlgebrauch oder Ermessensmißbrauch auf, wenn nämlich der Vorgesetzte von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch macht, aber eine an sich zulässige Maßnahme anordnet.

---

1) So die herrschende Meinung, die ein Ermessen nur im Bereich der Rechtsfolgen bejaht und daher nur Handlungsermessen zubilligt.
vgl. Bayr. VGH 7, 962;
Bachof in JZ 55, 98;
Wolff § 31 II a m. w. N.

2) vgl. § 114 VWGO

Hierbei ist aber zunächst noch der Fall unproblematisch, daß sich der Disziplinarvorgesetzte von Motivationen leiten läßt, die schlechthin unzulässig sind. Bei derart sachfremden, unzulässigen Beweggründen wie zum Beispiel Vorteilsverschaffungs- oder Begünstigungsabsichten oder rassischen Beweggründen ist eine Maßnahme stets rechtswidrig und unerlaubt. 1) Auch bei einem Verstoß gegen verbindliche Ermessensrichtlinien, die sich aus einer sonst stets gleichmäßigen Handhabung des Ermessens in Verbindung mit dem Gleichheitsgrundsatz (Artikel 3 GG) ergeben, liegt eine unerlaubte Maßnahme vor.

Grundsatz im Verwaltungsrecht ist aber, daß über diese beiden Fälle des Ermessensmißbrauch hinaus eine ins Ermessen gestellte Maßnahme nicht nachgeprüft werden darf. Eine übergeordnete Stelle darf grundsätzlich nicht ihr Ermessen an die Stelle des Ermessens der untergeordneten Behörde setzen und dadurch etwa deren Maßnahmen auf ihre Zweckmäßigkeit hin überprüfen.

Und hier wird das eigentliche Problem deutlich. Eine Maßnahme, die hochgradig unzweckmäßig ist, weil sie zum Beispiel grundlegende, pädagogische Erkenntnisse oder psychologische Erfordernisse mißachtet, widerspricht den Grundsätzen der Inneren Führung und stellt somit einen Verstoß gegen verfassungsgestaltende Grundentscheidungen dar. Dennoch ist hier dem Gericht nach verwaltungsrechtlichen Grundsätzen keine Überprüfung gestattet, da eine solche nur eine Zweckmäßigkeitsprüfung sein könnte. Diese Grundsätze des Verwaltungsrechts müssen auch im Wehrstrafrecht gelten, denn wenn schon im Verwaltungsrecht eine Maßnahme hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit nicht einmal überprüft werden darf, so kann sich im Wehrstrafrecht aus der Unzweckmäßigkeit einer Maßnahme nicht ergeben, daß auf Seiten des anordnenden Vorgesetzten möglicherweise eine strafbare Handlung vorliegt.

Eine erzieherische Maßnahme ist daher bei einem Verstoß gegen die Grundsätze der Inneren Führung nur dann als unerlaubt anzusehen, wenn eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung diesen Verstoß bereits erkennen läßt. Das bedeutet, daß nicht schon Unzweckmäßigkeit eine Maßnahme unerlaubt macht, sondern sachfremde Erwägungen vorliegen oder Ermessensrichtlinien verletzt sein müssen. Darüberhinausgehende Überprüfungen bezüglich der Zweckmäßigkeit einer Maßnahme müssen demdisziplinaren Bereich vorbehalten bleiben.

(cc) Mißachtung von Grundgesetznormen

Der Verfassungsgesetzgeber von 1956 hat mit den Änderungen des Grundgesetzes unmißverständlich klargestellt, daß die in den Grundrechten verkörperte Wertordnung auch im Bereich der Streitkräfte gelte. Hieraus folgt, daß die Grundrechte der Soldaten nur unter bestimmten Voraussetzungen - wie etwa bei unabdingbaren, militärischen Erfordernissen - eingeschränkt werden dürfen. Die Inanspruchnahme des Bürgers im Rahmen der Wehr-

1) vgl. Wolff § 31 II d 2

pflicht oder einer freiwilligen Verpflichtung muß sich in einem genau abgewogenen Verhältnis zu der verfassungsrechtlich geschützten Privatsphäre des Soldaten vollziehen. Die Inanspruchnahme des Bürgers ist nur dann mit der grundgesetzlichen Wertordnung vereinbar, wenn rechtsstaatlichen Vorstellungen auch im militärischen Bereich weitgehend Raum gewährt wird.

Jede Verletzung der Grundrechte des Soldaten, die über die Einschränkung des Artikels 17 a GG hinausgeht, macht daher eine erzieherische Maßnahme unerlaubt und bildet ein Indiz für die Strafabsicht des Vorgesetzten.

(dd) Verstoß gegen andere Gesetze im formellen Sinne

Eine Maßnahme, die unter Verstoß gegen formelle Gesetze verhängt wird, also - um nur einige Beispiele zu nennen - eine Mißhandlung Untergebener(§ 30 WStG), eine entwürdigende Behandlung oder eine böswillige Diensterschwerung (§ 31 WStG) darstellt, ist unerlaubt und deutet auf Strafzwecke hin.

In diesen Fällen ergibt sich stets die Rechtswidrigkeit und damit die Unerlaubtheit der Maßnahme bereits aus der entgegenstehenden gesetzlichen Norm. 1)

(ee) Verstoß gegen militärisches Gewohnheitsrecht, rechtmäßige Befehle und Dienstvorschriften

In Einzelfragen ist es im wesentlichen stets eine Frage des militärischen Gewohnheitsrechts beziehungsweise der militärischen Grundsätze gewesen, was, abgesehen von den Gesetzesverstößen, eine erzieherische Maßnahme unerlaubt macht. 2)

Diese militärischen Grundsätze sind nach und nach weitgehend in Befehlen oder Dienstvorschriften niedergelegt worden. Verstößt eine Maßnahme hiergegen, so ergibt sich ihre Unzulässigkeit aus dem Dienstrecht der Soldaten, denn gemäß § 10 Abs. 4 SG dürfen Befehle und Anweisungen nur im Rahmen der Dienstvorschriften des Bundesministers der Verteidigung ergehen. Derartige Dienstvorschriften stellen die Erlasse des Bundesministers der Verteidigung über Erzieherische Maßnahmen dar. In diesen Erlassen hat der Bundesminister der Verteidigung zum Teil geltendes militärisches Gewohnheitsrecht fixiert, zum Teil aber auch dieses Gewohnheitsrecht dem Leitbilde des Staatsbürgers in Uniform und den Grundsätzen der Inneren Führung angepaßt, indem er von seinem Recht Gebrauch machte, im Wege der An-

1) v. Mitzlaff in NZW 1961, 52
2) vgl. Kranzbühler S. 13

weisung dienstrechtlich verbindlichzu regeln, wann eine, allein der Erziehung und Ausbildung dienende Maßnahme zulässig ist.

Im wesentlichen bezieht sich der Bundesminister der Verteidigung dabei auf die bereits erörterten allgemeinen Grundsätze; dennoch kommt den Erlassen des Verteidigungsministers große Bedeutung zu, denn eine Präzisierung in Einzelfragen war für die Rechtssicherheit der Truppe unbedingt erforderlich. Es fällt militärischen Vorgesetzten häufig schwer, die sich aus den allgemeinen Grundsätzen ergebenden Konsequenzen zu erfassen, zum Beispiel zu erkennen, daß eine an sich zulässige Maßnahme wie schriftliche Ausarbeitungen oder Exerzieren durch anhaftende Vergeltungszwecke zu Strafarbeiten oder zum Strafexerzieren werden können und damit unerlaubte Maßnahmen werden. 1) Diese Unterscheidung zwischen erlaubt und unerlaubt danach, ob materiellrechtlich tatsächlich eine Strafe vorliegt, ist für einen nicht Rechtskundigen sehr schwer. Allerdings ist der BGH insoweit heute nicht mehr zutreffend, wenn er die Auffassung vertritt, daß eine scharfe Grenzziehung zwischen zulässigen und unzulässigen, angemessenen und unangemessenen Disziplinarmaßnahmen für einen Disziplinarvorgesetzten gar nicht möglich sei. 2) Eine solche Meinung verkennt die Bedeutung der Erlasse über Erzieherische Maßnahmen. Neben dem einfachen Fall, daß eine Maßnahme, die einer Disziplinarstrafe entspricht, als erzieherische Maßnahme verhängt wird und daher unerlaubt ist, ist in dem geltenden Erlaß 3) in Einzelheiten geregelt, welche Maßnahmen für welchen Fall erlaubt sind.

Da dieser Erlaß eine verbindliche Richtlinie für den Vorgesetzten in der Bundeswehr darstellt, sind ihm hierdurch sehr wohl brauchbare Unterscheidungskriterien in die Hand gegeben. Die Anhaltspunkte, die der BGH in seinem Urteil (Leitsatz c) gibt, stellen nämlich keine neuentwickelten Grundsätze dar, sondern ergeben sich bereits aus der Berücksichtigung des Grundsatzes, daß die Bundeswehr als Teil der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht gebunden ist. Sie sind dem Disziplinarvorgesetzten aus dem Erlaß des Bundesministers der Verteidigung durchaus vertraut, erscheinen aber in ihrer kurzen Zusammenfassung erwähnungswert:

> "Eine durch den Disziplinarvorgesetzten befohlene Sonderübung hat Strafcharakter, wenn sie schikanös ist, das vernünftige Maß überschreitet, einen inneren Zusammenhang mit dem veranlassenden Mangel vermissen läßt oder Verrichtungen einschließt, die nicht im Rahmen des normalen Ausbildungsdienstes liegen."

---

1) vgl. Schwinge § 120 Anm. II; Rittau § 39 Anm. 6; RMG 18, 24; Arndt S. 243
2) BGH in NJW 1960, 1477 (1480)
3) FüB I 4 vom 20. 2. 1965
4) BGH in NJW 1960, 1477 Ls. c

Die Richtlinien des Erlasses über erzieherische Maßnahmen sowie die "Leitsätze für die Erziehung des Soldaten" 1) sind auf Grund der Bestimmung VII Ziffer 4 des Erlasses Gegenstand ständigen Unterrichts sowie der Prüfung bei allen Lehrgängen in der Bundeswehr, die der Ausbildung zum Vorgesetzten dienen.

In allen Fällen, in denen Überschreitungen der Befehls- und Disziplinarbefugnisse mit erheblichen Auswirkungen vorkamen, hat der Verteidigungsminister der Truppe ausführliche Erläuterungen und Hinweise gegeben. Er befahl zum Beispiel in seiner Darstellung zu den besonders durch die Presse bekannt gewordenen Vorfällen in Nagold, daß die Offiziere und Unteroffiziere eingehend über die Vorfälle unterrichtet und über die Folgerungen für Erziehung und Ausbildung belehrt werden sollten. 2) Der Wehrbeauftragte betont in seinem Jahresbericht 1967, daß die Disziplinarvorgesetzten in der Handhabung der Disziplinargewalt erheblich sicherer geworden seien. 3) Eine derartige Sicherheit wäre nicht vorhanden, wenn Disziplinarvorgesetzte noch immer nicht in der Lage wären, zwischen erlaubten und unerlaubten Maßnahmen zu unterscheiden.

Unsicherheit diesen Fragen gegenüber wird aber gelegentlich noch in der neueren Rechtsprechung deutlich.

Das Schöffengericht Osterholz-Scharmbeck hatte in seinem Urteil vom 6. 8. 1964 4) über den Fall zu befinden, daß ein Unteroffizier nach Dienstschluß einen Soldaten mit einer Sonderausbildung "bestraft" hatte, weil dieser versäumt hatte, ihn zu grüßen. Das Gericht hielt diese Sonderausbildung mit Recht für eine Strafe, führte dann aber in den Gründen aus, daß diese Sonderausbildung, wenn sie in der gleichen Art vom Disziplinarvorgesetzten angeordnet worden sei, ordnungsgemäß gewesen wäre. Das Gericht verkennt dabei völlig, daß bei Anordnung durch einen Disziplinarvorgesetzten die Ahndung eines Dienstvergehens mit einer unerlaubten Maßnahme, also § 39 Absatz 1 Nr. 4 vorgelegen hätte, weil die Maßnahme Strafzwecke verfolgte. Ähnliche Unsicherheiten, die beispielsweise im Ermittlungsbericht des Rechtsberaters der Truppe vom 9. 4. 1964 zu den Vorfällen in Schwanewede offenbar wurden, sind durch den Erlaß des Verteidigungsministers weitgehend ausgeräumt worden.

---

1) ZDV 11, 1
2) BMVtg vom 31. 1. 1964 "Die Vorfälle in der Ausbildungskompanie 6/9 in Nagold" S. 2 (nicht veröffentlicht)
3) Jahresbericht 1967 S. 18
4) Az. 6 Ms 156/64

Der Rechtsberater hatte 1964 noch zu dem Verhalten eines Kompaniechefs, der angeordnet hatte, daß Soldaten, die sich im Laufe der Woche krank meldeten, aber nicht vom Arzt für krank gehalten wurden, am Sonnabendnachmittag Gefechtsausbildung haben sollten, ausschließlich würdigend angemerkt, daß es eben in der Praxis schwierig sei, sämtliche Grundsätze der Inneren Führung zu beachten. Die Frage, ob strafrechtlich relevantes Unrecht durch Anordnung einer unerlaubten Maßnahme wegen eines Dienstvergehens begangen worden sei, wurde nicht erörtert.

Es ist das Verdienst des Erlasses, klare Richtlinien gesetzt und Unsicherheiten weitgehend ausgeschaltet zu haben.

Bei dem Erlaß handelt es sich um eine Verwaltungsvorschrift, also um eine verbindliche innerdienstliche Weisung, die zu einer Ermessensbindung auf Grund des Artikels 3 GG führt. 1)

Außerdem werden durch den Erlaß allgemeine Grundsätze auf dem Wege über eine militärische Anweisung noch einmal ausdrücklich für verbindlich erklärt. 2) Der Erlaß erspart umfangreiche rechtliche Prüfungen und schafft die Möglichkeit, eine Maßnahme schon dann als unerlaubt zu bezeichnen, wenn sie den Richtlinien des Erlasses zuwiderläuft, da bereits hierdurch ein Ermessensfehler bei der Auswahl der Maßnahme vorliegt.

Die Meinung des BGH, daß die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme von einem Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen, Dienstvorschriften oder Befehlen, wie dem Erlaß des Verteidigungsministers abhängig sei, 3) ist auf Kritik gestoßen. Es wird beanstandet, daß der BGH einen Strafbestand mit den Anweisungen militärischer Vorgesetzter rechtlich verknüpfe und praktisch dazu komme, den Erlaß des Bundesministers der Verteidigung als Rechtsquelle anzusehen. 4)

Diese Kritik verkennt, daß es keine Möglichkeit gibt, einen Begriff wie "unerlaubt in § 39 Abs. 1 Nr. 4 anders als nach der gesamten Rechtsordnung auszulegen. Diese Rechtsordnung

---

1) vgl. die Rechtsprechung des BVG in NJW 1964, 1339; NJW 1965, 414
2) vgl. Burkhardt in ZWR 1943, 28
3) BGH in NZW 1960, 173
4) so v. Mitzlaff in NZW 1961, 50

umfaßt aber auch Dienstvorschriften und Befehle, also auch den Erlaß des Bundesministers der Verteidigung über erzieherische Maßnahmen. Wenn man den Erlaß nur als Auslegungsversuch zu der Frage ansieht, was eine zulässige oder unzulässige Disziplinarmaßnahme sei, 1) so wird der Rechtscharakter einer Verwaltungsvorschrift verkannt. Außerdem wird übersehen, daß der Erlaß Grundsätze bereits bestehenden militärischen Gewohnheitsrechts nur fixiert. 2) Das Gewohnheitsrecht ist aber unbestritten Teil der Rechtsordnung. Es ist daher durchaus richtig, daß ein Richter, insbesondere wenn er mit militärischen Gepflogenheiten wenig vertraut ist, den Erlaß heranzieht. Auch wegen der denkbaren Möglichkeit, daß eine Maßnahme nicht gegen die übrige Rechtsordnung verstößt und daher an sich zulässig wäre, aber dadurch, daß sie im Erlaß verboten ist, als unerlaubt angesehen werden muß, kann auch insoweit auf eine genaue Beachtung des Erlasses nicht verzichtet werden. 3)
Dadurch, daß der Bundesminister der Verteidigung enumerativ in Form eines Befehls die erlaubten und unerlaubten Maßnahmen aufführt, hat er die an sich nur schwere Kontrollmöglichkeit bei erzieherischen Maßnahmen, die sich aus den fehlenden Formerfordernissen ergibt, teilweise beseitigt. Dennoch hat er dem Disziplinarvorgesetzten nicht die Möglichkeit genommen, bei der Notwendigkeit augenblicklicher Wiederherstellung der Disziplin nach freiem Ermessen eine geeignete Maßnahme zu ergreifen. Der Vorgesetzte ist nur gehalten, gewisse Richtlinien zu beachten, damit der durch die Möglichkeit der Anordnung von Disziplinarmaßnahmen erheblich eingeschränkte rechtliche Schutz der persönlichen Interessen der Untergebenen 4) nicht außer Verhältnis zu der Notwendigkeit steht, den Vorgesetzten zu unmittelbaren und schnellen Eingriffen im Falle einer Funktionsgefährdung der Truppe zu ermächtigen.

Diese Möglichkeit des Vorgesetzten muß deswegen grundsätzlich erhalten bleiben, weil eine Disziplinarstrafe frühestens einen Tag nach der Tat verhängt werden kann. 5)

---

1) so v. Mitzlaff in NZW 1961, 50
2) vgl. Marignoni in ZWR 1964, 57
3) a. A. v. Mitzlaff in NZW 1961, 50, der meint, die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme unabhängig von Dienstvorschriften und Befehlen militärischer Vorgesetzter beurteilen zu können.
4) Lauerer S. 47
5) § 25 Abs. 1 WDO

Im folgenden soll auf Grund seiner großen Bedeutung näher auf den Erlaß des Bundesministers der Verteidigung vom 20. 2. 1965 eingegangen werden.

In diesem geltenden Erlaß wird der Anwendungsbereich disziplinarer Maßnahmen dahingehend bestimmt, daß sie einmal bei schuldhaften Nachlässigkeiten oder kleineren Verstößen, zum anderen aber auch bei unverschuldeten körperlichen oder geistigen Ausbildungsmängeln angeordnet werden können. 1) Der Erlaß unterscheidet zwischen allgemeinen, zusätzlichen und besonderen Maßnahmen. "Besondere"Maßnahmen setzen keinen besonders schweren Mangel voraus, sondern für ihre Anordnung sind nur Disziplinarvorgesetzte zuständig. "Allgemeine" erzieherische Maßnahmen sind Belehrung, Ermahnung, Zurechtweisung und Warnung. 2) Die ebenfalls allen Vorgesetzten erlaubten "zusätzlichen" Maßnahmen bestehen in der Regel aus zusätzlichen Ausbildungsdienst.

Der Erlaß hat wegen seiner Regelung der "besonderen" Maßnahmen: Abänderung des Dienstplanes, zusätzlicher Dienst, Versagen von Nacht- und Wochenendausgang, Ablösung von bisheriger Verwendung und so weiter auch für § 38 erste Alternative Bedeutung.

Jeder Vorgesetzte, der keine Disziplinargewalt hat, dennoch aber eine derartige Maßnahme anordnet, erfüllt nämlich bereits den Tatbestand der Anmaßung der Disziplinarstrafgewalt.

Es kann darauf verzichtet werden, auf alle Beispiele für unerlaubte und erlaubte Maßnahmen einzugehen, die der Erlaß aufführt. Allerdings gibt der Erlaß in einigen Punkten zu Bedenken Anlaß. Wenn diese Fragen auch keine praktischen Auswirkungen haben, da ein Soldat regelmäßig auch dann nicht, wenn er unter Beachtung des Erlasses unerlaubte Maßnahmen verhängen würde, schuldhaft handelt, so soll doch auf diese Punkte hingewiesen werden.

Einer näheren Erläuterung bedarf die Anweisung des Erlasses, daß die Anordnung Erzieherischer Maßnahmen auch gegen die Gesamtheit von Soldaten zulässig sei, wenn die Erziehung zur ordentlichen Ausübung des Dienstes nur durch

---

1) vgl. Ziffer II Satz 2 des Erlasses
2) Ziffer III des Erlasses

das Zusammenwirken aller erreicht werden könne. 1)

Bezüglich der Zulässigkeit von solchen Kollektivmaßnahmen gehen die Meinungen seit jeher weit auseinander. So wurde früher von BURKHARDT vertreten, daß der Vorgesetzte sich der "Mannszucht wegen" oft nicht damit aufhalten könne, festzustellen, welche einzelnen Untergebenen an einem Versagen Schuld trügen. Solche Feststellungen seien sogar unter Umständen fehl am Platz. Aus diesem Grunde seien Disziplinarmaßnahmen auch dann noch rechtmäßig, wenn sie den mitbetroffenen, der Einheit angehörigen, unschuldigen Einzelnen als Strafe erscheinen müßten. 2) Wenn BURKHARDT diese Meinung vertrat, so stellte er damit seine eigene Ansicht, daß Disziplinarstrafmaßnahmen nicht einmal den Anschein einer Strafe haben dürften, wieder in Frage, indem er bei einer Kollektivmaßnahme, die ja auch eine Disziplinarmaßnahme ist, in Kauf nahm, daß sie sich sogar für einen gänzlich Unbeteiligten als Strafe auswirkt.

In dieser Form, - das stellt auch der Erlaß klar -, wenn es sich um ein an sich feststellbares Versagen Einzelner handelt, können Kollektivmaßnahmen nicht generell zulässig sein, denn es gelten für sie die allgemeinen Grundsätze wie für die Anordnung disziplinarer Maßnahmen.

Zu beanstanden ist daher auch die Auffassung, daß dann, wenn in der betroffenen Einheit den Umständen nach notwendig eine große Zahl von Tätern vorhanden ist, eine Maßgabe gegen die ganze Einheit zulässig sein sollte. 3)

Völlig zu Recht stellt hierzu der Erlaß fest, daß Maßnahmen, die den Zweck verfolgen, in der Gruppe verborgene Täter zu treffen oder die Angehörigen einer Gruppe zu zwingen, den Täter zu nennen, unzulässig sind. Abgesehen von der Verletzung des Gerechtigkeitsempfindens vieler Soldaten, würde durch eine solche Maßnahme die Kameradschaft in der Gruppe gefährdet. Wenn nämlich ein Soldat, unter Wirkung der angedrohten Maßnahme, tatsächlich den oder die Täter anzeigen würde, käme es erst recht zu Unstimmigkeiten in der Truppe und damit zu einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit, so daß nicht

---

1) Ziffer II. 4 des Erlasses
2) Burkhardt in ZWR 1943, 30
3) so Kranzbühler S. 18

einmal vom Zweck her das angewandte Mittel gerechtfertigt wäre. 1) Insofern ist die Formulierung, daß Kollektivmaßnahmen unzulässig seien, wenn der Täter festgestellt werden könne, 2) bedenklich, da sie zu dem Schluß verleitet, daß Kollektivmaßnahmen zulässig seien, wenn der Täternicht feststellbar ist.

Bei Maßnahmen gegen Personenmehrheiten kann nämlich es dazu kommen, daß diejenigen, die sich zu Recht unschuldig bestraft fühlen, jetzt ihrerseits zu Revanchemaßnahmen denen gegenüber greifen, die das ihnen zugeführte Übel verursacht haben. Dadurch kann unter Umständen die Disziplin stärker gefährdet werden, als durch das zugrundeliegende Dienstvergehen. Insofern ist das Argument nicht stichhaltig, daß in dem Fall, in dem auch einige Unschuldigeleiden, die Wirkung der Maßnahme auf die Gesamtheit erhöht und das kameradschaftliche Verantwortungsbewußtsein gestärkt werde. 3)

Uneingeschränkt bejaht werden können Kollektivmaßnahmen nur dann, wenn alle betroffenen Soldaten, ein Dienstvergehen, zum Beispiel Nachlässigkeit im Dienst, begangen haben. Wenn die Gesamtheit Anlaß zu Disziplinarmaßnahmen gibt, zum Beispiel ein ganzer Zug bei der Formalausbildung absichtlich ein anderes Lied singt als befohlen wurde, so kann sich eine entsprechende Maßnahme auch gegen den ganzen Zug richten.

Wenn es sich aber um das Dienstvergehen einzelner handelt, gleichgültig, ob sie als Täter ermittelt werden oder nicht, so dürfen kollektive Maßnahmen im Regelfall nicht angewandt werden. 4)

Wenn einzelne schuldhaft Dienstpflichten verletzt haben, das heißt aus Übermut, Nachlässigkeit oder bösem Willen den Dienst nicht ordnungsgemäß ausführten, obwohl sie hierzu in der Lage gewesen wären, während die übrigen sich ordnungsgemäß verhielten, fehlt bei diesen ein festgestellter Mangel, der aber nach Ziffer VI, 1 des Erlasses vorliegen muß, damit eine Maßnahme zulässig ist. In einem solchen Fall ist die Verhängung einer Maßnahme gegen die Gesamtheit im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 4 unerlaubt 5) und indiziert einen Strafcharakter der Maßnahme.

---

1) vgl. die erwähnten Vorfälle im Jahresbericht 1966, S. 5; 1962, S. 11
2) Baden-v. Mitzlaff § 21 Anm. 3 d WDO
3) vgl. Kranzbühler S. 18
4) vgl. Dietz S. 163
5) a. A. Hodes Anm. 1 b zu § 6 WDO

Die Stellungnahme des Erlasses zur Frage der Zulässigkeit von Kollektivmaßnahmen ist erheblich mißverständlich. So wird eine Kollektivmaßnahme als erlaubt bezeichnet, wenn ein Soldat aus einer Geschützbedienung ein Dienstvergehen begeht, weil die Geschützbedienung nur gemeinsam ausgebildet werden könne .

Für den Fall, daß die Maßnahme wegen des Dienstvergehens einzelner angeordnet wird, ist die Kollektivmaßnahme unzulässig. Sie läßt sich nur für den Fall vertreten, daß kein Dienstvergehen der Maßnahme zu Grunde liegt, sondern ausschließlich Ausbildungsversäumnisse nachgeholt werden sollen.

Diese Klarstellung wäre im Erlaß des Bundesministers der Verteidigung erforderlich gewesen.

Auch die Einschränkung des Erlasses, daß dann, wenn die Erziehung eines Einzelnen möglich sei und ausreiche, die Gesamtheit nicht in Mitleidenschaft gezogen werden dürfe, ist zu unbestimmt, denn die Erziehung eines Einzelnen wird regelmäßig möglich sein, ohne daß die Gesamtheit in Mitleidenschaft gezogen wird; nur die Ausbildung - auf diese hätte abgestellt werden müssen - kann möglicherweise, wie im Falle der Geschützbedienung, nur gemeinsam erfolgen.

Auch zur Frage der Zulässigkeit von "Ermunterungsübungen" nimmt der Erlaß nicht klar genug Stellung.
Da sich hier ein gewisser Streit entwickelt hat, wäre eine eindeutige Klärung durch den Erlaß wünschenswert gewesen. In der Literatur geht nämlich teilweise die Meinung über den zulässigen Umfang derartiger Maßnahmen sehr weit. So lehnt RITTAU die Ansicht ab, daß als "Ermunterungsübungen" nur solche zulässig seien, die in den Rahmen des gerade angesetzten Dienstes fallen. 1) Begründet wird diese Ansicht damit, daß bei einem Festhalten am Erfordernis des inneren Zusammenhanges diese Übungen für einen Teil des militärischen Dienstes, zum Beispiel für den Unterricht ganz entfielen.

Eine derartige Konsequenz lasse sich aber mit dem Wesen der Erziehungsmaßnahme und den militärischen Notwendigkeiten nicht in Einklang bringen. 2) Der Erlaß des Verteidigungsministers verwendet den Begriff "Ermunterungsübung" nicht. Die Auffassung des Erlasses läßt sich nur daraus entnehmen, daß ausdrück-

---

1) Rittau § 39 Anm. 5
2) so auch RKG vom 8. 2. 1938, Rev. L. 117/37 III

lich Kniebeugen, Wechselsprünge und ähnliches als Erzieherische Maßnahmen untersagt werden. 1) "Bewegungsübungen" werden ausdrücklich nur für den Außendienst zugelassen und müssen außerdem in Zusammenhang mit dem Ausbildungsziel des gerade durchgeführten Dienstes stehen.

Wenn es auch nicht direkt gesagt wird, so ist damit doch praktisch jede Art von Ermunterungsübung durch den Erlaß verboten. 2)

Wenn dennoch derartige Übungen in der Literatur für zulässig gehalten werden, 3) wird die Bedeutung des Erlasses verkannt. Wenn durch diese Dienstvorschrift, die gleichzeitig militärischer Befehl ist, eine Maßnahme verboten wird, dann ist ihre Anordnung im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 4 unerlaubt, selbst, wenn sie ohne dieses Verbot nach den allgemeinen Grundsätzen nicht zu beanstanden wäre. Es kann daher heute dahingestellt sein, ob Ermunderungsübungen nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig sind, 4) denn sie sind auf jeden Fall in der Bundeswehr deswegen unerlaubt, weil sie nur unter Mißachtung höherer Befehle angeordnet werden können. 5)

Unglücklich ist, das darf in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, die zu weite und mißverständliche Formulierung in Absatz VI, 3 des Erlasses. Es ist darin zwar ausdrücklich als Zulässigkeitsvoraussetzung bestimmt, daß die Maßnahme in einem inneren Zusammenhang zum Mangel stehen müsse, der Begriff des inneren Zusammenhangs wird aber zu sehr ausgeweitet. Er soll nämlich bereits dann gegeben sein, wenn die Maßnahme im Einzelfall mit dem anzustrebenden Erziehungszweck in Einklang stehe.

Hierbei bleibt völlig offen, was unter Erziehungszweck verstanden wird. Es kann darunter sowohl der generelle Erziehungszweck in der soldatischen Ausbildung zu verstehen sein - mit diesem wären Ermunterungsübungen durchaus auch während des Unterrichts vereinbar - als auch der Zweck des gerade durchgeführten Dienstes.

---

1) Ziffer IV 2 a des Erlasses
2) vgl. Körber in NZW 1966, 29
3) so Rittau § 39 Anm. 5;
   Arndt S. 243:
   Arndt macht allerdings in NZW 1960, 152 die Einschränkung, daß ein Befehl zu mißbilligen sei, der einem Soldaten im Unterricht aufgebe, Kniebeugen zu machen, weil er den Vortrag nicht verstanden habe. Es sei unmöglich, Geisteskräfte durch Kniebeugen zu stärken.
4) so Marignoni in NZW 1964, 50
   Dietz § 5 Anm. III, 3
5) vgl. Nolting in Die Bundeswehr 1962, 136

Wenn der letztere Zweck gemeint ist, besteht in der Regel kein innerer Zusammenhang zwischen Ermunterungsübung und dem Ausbildungszweck des Unterrichts.

Hier wäre eine eindeutige Klarstellung erforderlich gewesen, um nicht eines der wichtigsten Abgrenzungskriterien der erlaubten von den unerlaubten Maßnahmen, nämlich, ob das gewählte Mittel dem Verstoß ähnlich und verhältnismäßig ist, und ob Anlaß und Übel sich entsprechen,1) zu verwischen.

Durch die unklare Fassung des Erlasses wird die Meinung unterstützt, die keinen Wert auf das Merkmal des inneren Zusammenhanges legt, sondern eine Maßnahme bereits dann für erlaubt hält, wenn kein Übermaß, keine Schikane und keine böswillige Diensterschwernis vorliegt und ein sinnvoller Zusammenhang zwischen beanstandetem Verhalten und der Sonderübung besteht. 2)

Häufig ist gerade das Fehlen der Konnexität oder der Angemessenheit ein Indiz dafür, daß die Maßnahmen auch Strafzwecke verfolgt. Wenn diese Kriterien auch nicht sicher sind, so ergeben sich doch aus ihnen zusätzliche Anhaltspunkte, die insofern von Bedeutung sind, als häufig der von dem Vorgesetzten mit einer Maßnahme verfolgte Zweck mehrdeutig ist. 3)

Zwar dürfen die Anforderungen an den inneren Zusammenhang nicht überspannt werden, 4) häufig kommt es nämlich zu Pflichtverletzungen, für die nur schwer eine genaue entsprechende Maßnahme gefunden werden kann, 5) aber dennoch sollte durch den Erlaß nicht von vornherein die Gefahr einer allzuweiten Interpretation des inneren Zusammenhanges geschaffen werden.

Wenn auch aus dem Gesamtzusammenhang des Erlasses und dem geltenden militärischen Gewohnheitsrecht der Schluß gezogen werden kann, daß nur ein Zusammenhang mit dem generellen Ausbildungsziel, einen funktionstüchtigen Soldaten auszubilden, nicht ausreichen soll, sondern der spezielle Ausbildungszweck des gerade durchgeführten Dienstes im Erlaß ge-

---

1) vgl. Dreher § 39 Anm. 9;
Arndt S. 242
v. Mitzlaff in NZW 1961, 49

2) so Arndt in NZW 1960, 155;
vgl. auch Arndt S. 218. Hier hält Arndt sogar beim Unterricht an Waffen und Gerät Gefechtsübungen wie Laufen, Kriechen und Hinlegen für zulässig.

3) vgl. Arndt S. 243

4) vgl. BGHSt 14, 269 ff

5) vgl. Marignoni in NZW 1964, 51

meint ist, könnten aber doch gerade bei in Rechtsfragen unerfahrenen Ausbildern Zweifel entstehen. Das wird an einem von KRANZBÜHLER 1) erwähnten Beispiel deutlich:

> Ein Unteroffizier beaufsichtigte auf dem Kasernenhof seine Gruppe bei der Formalausbildung. Als hinter ihm ein Obergefreiter, ohne zu grüßen, vorbei ging, ließ er diesen mehrmals unter dem Kommando "Hinlegen - Auf" um die Gruppe herumlaufen.

Es fehlte hier zwischen dem Nichtgrüßen und den angeordneten Gefechtsübungen am inneren Zusammenhang.

Nach der unklaren Formulierung des Erlasses könnte die Meinung vertreten werden, daß die Maßnahme immerhin mit dem generellen Zweck militärischer Ausbildung durchaus in Einklang stehe, daß nämlich ein Soldat, der einen Befehl nicht befolge, eindringlich darauf hingewiesen werde - und sei es auch durch sogenannte Gehorsamsübungen -, daß Befehle zu beachten seien. Das müsse zumal dann gelten, wenn ein Soldat dienstfrei habe und daher kein spezieller Erziehungszweck ersichtlich sei.

Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs, das macht dieses Beispiel deutlich, ist daher stets eng auszulegen.

Zweifel bezüglich der Zulässigkeit einer disziplinaren Maßnahme können sich dann ergeben, wenn bereits aus Anlaß des Dienstvergehens eine Disziplinarstrafe verhängt worden ist.

In der schon erwähnten Entscheidung des BGH vom 3. 5. 1960 2) hielt der BGH Disziplinarstrafen und Maßnahmen nebeneinander für zulässig, hatte dabei aber den Fall im Auge, daß zunächst eine Maßnahme und erst dann eine Disziplinarstrafe verhängt wird. Dieser Grundsatz muß jedoch auch dann gelten, wenn zuerst eine Disziplinarstrafe verhängt worden ist, da eine Erzieherische Maßnahme andere Funktionen zu erfüllen hat.

Zu beachten ist dabei aber, daß die Maßnahme die Disziplinarstrafe nicht verschärfen darf. 3) So ist zum Beispiel eine Maßnahme mit dem Inhalt, daß ein Soldat während einer verhängten Ausgangsbeschränkung keinen Alkohol trinken darf oder in dieser Zeit bestimmte Arbeiten auszuführen hat, unerlaubt, denn durch eine derartige Verquickung von Strafen und Maßnahmen werden auf die Maßnahme Strafzwecke übertragen.

---

1) Kranzbühler S. 14
2)BGH in NJW 1960, 1477 ff
3) vgl. Marignoni in NZW 1964, 52

Abschließend und zusammenfassend sollen an zwei einfachen Beispielen die wichtigsten Kriterien für die Zulässigkeit, beziehungsweise Unzulässigkeit Erzieherischer Maßnahmen, die gleichzeitig Indizien für den Strafcharakter sind, dargestellt werden:

1. Der Soldat S erscheint mehrfach morgens mit verschmutzten Stiefeln verspätet zum Dienst. Der Kompaniechef sieht von einer Bestrafung ab, ordnet aber als erzieherische Maßnahme an, daß S sich eine Woche lang 15 Minuten vor Dienstbeginn bei ihm melde und die Sauberkeit seiner Schuhe kontrollieren lasse.

   -- Die Maßnahme ist erlaubt. Sie ist verhältnismäßig, steht in innerem Zusammenhang mit dem aufgetretenen Mangel und dient ausschließlich der Erziehung.

2. Der Gefreite G hat mehrfach bei Geländefahrten als Fahrer Bundeswehrkraftfahrzeuge beschädigt, weil er Befehle und Belehrungen nicht beachtete.
   Der Kompaniechef ordnet daher als Erzieherische Maßnahme an, daß G täglich nach Dienstschluß zwei Stunden lang die im Kasernenbereich abgestellten Fahrzeuge zu bewachen habe.

   -- Die Maßnahme ist unerlaubt. Es fehlt am inneren Zusammenhang mit dem festgestellten Mangel.
   Aus der fehlenden Konnexität und der Art der Maßnahme ergibt sich, daß Strafzwecke verfolgt werden sollen.

5. Tatbestandsvollendung

In allen Fällen des § 39 Abs. 1 ist das Delikt bereits mit der Verhängung der Disziplinarstrafe beziehungsweise Maßnahme mit Strafcharakter vollendet.

Einer Vollstreckung bedarf es für die Tatbestandserfüllung nicht. 1)

---

1) vgl. Lauerer S. 48

6. Die Schuld

Den vier Fällen des § 39 Abs. 1 ist gemeinsam, daß im Gegensatz zu § 38 immer erforderlich ist, daß der Täter wider besseres Wissen handelt.

"Wider besseres Wissen" in diesem Sinne handelt der Täter, wenn er im Falle des § 39 Abs. 1 Nr. 1 sichere Kenntnis 1) davon hat, daß der Bestrafte unschuldig ist, im Falle des § 39 Abs. 1 Nr. 2 sicher weiß, 2) daß einer Bestrafung ein Verfolgungshindernis entgegensteht, bei § 39 Abs. 1 Nr. 3 mit dolus directus 3) eine nach Art oder Höhe im Gesetz nicht vorgesehene Strafe verhängt oder im Falle des § 39 Abs. 1 Nr. 4 bestimmte Kenntnis 4) davon hat, daß die ausgesprochene Maßnahme Strafcharakter hat.

Das Erfordernis "wider besseres Wissen", das durch alle oben verwandten Umschreibungen in der Literatur ausgedrückt wird, entspricht somit dem Vorsatz in den Fällen der §§ 109 d, 164 und 187 StGB, das heißt, daß sich der Täter in allen Fällen des § 39 Abs. 1 der objektiven Unrichtigkeit seines Handelns bewußt sein muß. 5) Er muß positive Kenntnis von allen Umständen haben, die die von ihm verhängte Strafe zu einer im weiteren Sinne unverdienten oder unerlaubten machen.

Der Vorsatz in § 39 Abs. 1 darf aber nicht mit dem Beweggrund der Handlung in dem Sinne gleichgesetzt werden, daß die Vorstellung des Erfolges, also einer Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit der Truppe, den Täter zur Tat bestimmt haben muß, sondern der Vorsatz des Täters muß nur auf den eigentlichen Erfolg des jeweiligenTatbestandes, also auf die Verhängung einer unverdienten oder unerlaubten Strafe, bezogen sein. 6)

Bedingter Vorsatz reicht somit in allen Fällen des § 39 Abs. 1 nicht aus. 7) Allerdings wird in diesen Fällen regelmäßig § 38 WStG eingreifen. 8)

---

1) vgl. Lackner-Maassen § 187 Anm. 1
2) vgl. Schönke-Schröder § 164 Rdnr. 32
3) vgl. Welzel S. 313
4) vgl. Schwarz-Dreher § 164 Anm. 2 A
5) vgl. RGSt 3, 357
6) vgl. zum Vorsatz in § 164 I StGB: BGHSt in MDR 1959, 1022
7) Durch die Wendung "wider besseres Wissen" wird grundsätzlich "dolus eventualis" ausgeschlossen
vgl. Schönke-Schröder § 59 Rdnr. 73
8) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 7
Arndt S. 244

Da die Tat ein Vergehen darstellt und eine Strafbarkeit des Versuchs gesetzlich nicht vorgesehen ist, bleibt ein versuchter Mißbrauch der Disziplinarstrafgewalt stets straflos. Beurteilt daher zum Beispiel ein Disziplinarvorgesetzter die Schuld eines Betroffenen falsch, hält er ihn also für unschuldig, obwohl er objektiv eines Dienstvergehens schuldig und auch entsprechend strafwürdig ist, und bestraft diesen, so ist er nicht nach § 39 strafbar. Etwas anderes gilt nur dann, wenn auf Seiten des Betroffenen zwar ein schuldhaftes Verhalten vorgelegen hat, aber nach den tatsächlichen Feststellungen die Schuld zweifelhaft ist. In diesem Fall darf - wie zu § 39 Abs. 1 Nr. 1 ausgeführt wurde - keine Bestrafung erfolgen. Wenn der Disziplinarvorgesetzte dennoch, obwohl er den Betroffenen für unschuldig hält, eine Disziplinarstrafe verhängt, so liegt kein strafloser Versuch vor, sondern es wird jemand bestraft, der nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" nicht bestraft werden darf.

IV. Die Vollstreckung einer Disziplinarstrafe, die nicht vollstreckt werden darf (§ 39 Abs. 3 WStG)

§ 39 Abs. 3 bedroht denjenigen mit Strafe, der wider besseres Wissen eine Disziplinarstrafe vollstreckt, die nicht vollstreckt werden darf.

Dieser Fall wurde vom früheren § 118 MStG nicht erfaßt. Die Aufnahme dieses Tatsachenbestandes in das WStG ist aber deswegen gerechtfertigt, weil durch eine unzulässige Vollstreckung die Funktionsfähigkeit der Truppe in ähnlich starkem Maße beeinträchtigt werden kann, wie durch eine unzulässige Bestrafung.

1. Zuständigkeiten bei der Vollstreckung (Der Täterkreis)

Die einfachen Disziplinarstrafen werden vom nächsten Disziplinarvorgesetzten vollstreckt. Wenn die Strafe nicht von diesem selbst, sondern von einer anderen Stelle verhängt worden ist, ersucht diese den nächsten Disziplinarvorgesetzten um die Vollstreckung (§ 34 Abs. 1 WDO).

Außerdem hat der nächste Disziplinarvorgesetzte auch einfache Disziplinarstrafen, die im disziplinargerichtlichen Verfahren verhängt worden sind, auf Ersuchen des Disziplinaranwalts zu vollstrecken (§§ 34 Abs. 2, 107 Abs. 1 WDO).

Die Strafdrohung des § 39 Abs. 3 richtet sich sowohl gegen den zur Vollstreckung berufenen Disziplinarvorgesetzten als auch gegen andere Vorgesetzte, die auf Grund einer angemaßten Zuständigkeit Disziplinarstrafen vollstrecken lassen, die nicht vollstreckt werden dürfen. 1) Der Täter des § 39 Abs. 3 braucht nicht Vorgesetzter zu sein. 2) Im Gegensatz zu § 39 Abs. 1, in dem ausdrücklich nur ein Disziplinarvorgesetzter als Täter genannt ist, kann bei einer unzulässigen Vollstreckung wie bei § 38 1. Altern. jeder Soldat Täter sein, wie sich aus der Wendung

> "Wer wider besseres Wissen eine Disziplinarstrafe vollstreckt, die n icht vollstreckt werden darf"

ergibt.

Wenn SCHÄFER ausführt, daß jeder Soldat, der zur Mitbewirkung bei der Vollstreckung einer Disziplinarstrafe berufen ist, Täter des § 39 Abs. 3 sein könnte, 3) so schließt er denjenigen, der unter Anmaßung ihm nicht zustehender Befugnisse eine unzulässige Vollstreckung vornimmt, aus dem Täterkreis des § 39 Abs. 3 aus. Diese Auffassung ist indes nicht haltbar, denn ein Soldat, der nicht nur eine unzulässige Vollstreckung vornimmt, sondern auch in keiner Weise überhaupt zur Vollstreckung berufen ist, gefährdet die Funktionsfähigkeit der Truppe in gleicher Weise, wie ein an sich mit der Vollstreckung beauftragter Vorgesetzter, 4) Die Auffassung SCHÄFERS erfährt somit weder vom Sinn und Zweck der Vorschrift noch vom Wortlaut her eine Unterstützung.

2. Die Handlung

Hauptfall einer unzulässigen Vollstreckung ist der, daß zeitliche Vollstreckungsbeschränkungen mißachtet werden. Der Disziplinarvorgesetzte spricht zwar die Strafe formal korrekt aus, vollstreckt sie aber zu früh oder zu spät.

---

1) vgl. Rittau § 39 Anm. 9
2) vgl. zu § 345 StGB: RGSt 63, 176
3) Schäfer § 39 Anm. 9
4) vgl. zu § 345: Schönke-Schröder § 345 Rdnr. 5
Maurach BT S. 718

a) Unzulässigkeit der Vollstreckung

Eine Disziplinarstrafe darf erst nach Ablauf der Beschwerdefrist vollstreckt werden. Zu beachten ist hierbei besonders § 33 WDO, wonach der Bestrafte innerhalb der Beschwerdefrist genügend Zeit und Gelegenheit gehabt haben muß, die Beschwerde vorzubringen. Erst wenn der Bestrafte diese Gelegenheit hatte und davon keinen Gebrauch gemacht hat, darf die Strafe vollstreckt werden. Hat der Bestrafte von seinem Beschwerderecht Gebrauch gemacht, so hemmt die Beschwerde, vorausgesetzt, sie ist vor Beginn der Vollstreckung eingelegt, die Vollstreckung (§ 30 Nr. 1 WDO).

Unzulässig wie eine zu frühe Vollstreckung ist auch eine zu spät erfolgende. Gemäß § 41 WDO verjährt die Vollstreckung einer Disziplinarstrafe sechs Monate nach dem Tag, an dem der Strafausspruch unanfechtbar geworden ist. Ist dementsprechend Vollstreckungsverjährung eingetreten, so ist die Vollstreckung unzulässig.

Neben diesen Fällen, in denen zu früh oder zu spät vollstreckt wird, liegt auch dann eine rechtswidrige Vollstreckung vor, wenn ein Verstoß gegen die Vorschriften der § 39 Abs. 1 Nr. 1-3 gegeben ist, wenn also eine unverdiente oder unerlaubte Strafe verhängt worden ist und der Täter in klarer Erkenntnis der Tatsache, daß er eine Strafe fehlerhaft verhängt hat, diese dennoch vollstreckt, statt einen Strafaufhebungsantrag zu stellen.

Da es grundsätzlich einer vollstreckenden Stelle nicht gestattet ist, eine Strafe nachzuprüfen, die formal richtig erscheint, 1) kann es sich bei § 39 Abs. 3 nur um solche Fälle handeln, in denen erkannt werden kann und auch erkannt wird, daß eine rechtswidrige Strafe vorliegt, das heißt eine Strafe, die entweder gar nicht oder nicht von dem betreffenden Disziplinarvorgesetzten erlassen werden durfte. Fragen der Verfolgungsverjährung, der Schuld oder Unschuld können somit in der Regel nicht durch die Vollstreckungsbehörde überprüft werden und daher kann normalerweise in diesen Fällen kein Angehöriger der Vollstreckungsbehörde Täter des § 39 Abs. 3 sein, sondern nur der Disziplinarvorgesetzte, der um die Rechtswidrigkeit der Bestrafung weiß. Nur bei Fragen, die grundsätzlich von der Vollstreckungsbehörde überprüft werden müssen, wie Vollstreckungsverjährung (§ 41 WDO), Aussetzung zur Bewährung

---

1) vgl. Loewe-Rosenberg, Vorbemerkung 26 vor § 151

(§ 35 WDO), Erlaß der Strafe im Gnadenwege (§ 118 WDO) und Hemmung der Vollstreckung (§30 WDO) besteht eine Nachprüfungspflicht- und möglichkeit, so daß ohne weiteres ein Angehöriger der Vollstreckungsbehörde den Tatbestand des § 39 Abs. 3 erfüllen kann.

b) Das Unvollstrecktlassen einer Strafe

Wie sich schon aus dem Wortlaut des § 39 Abs. 3 ergibt, fällt das Unvollstrecktlassen einer Disziplinarstrafe nicht unter § 39 Abs. 3. 1) Allerdings kann eine derartige "Unterschreitung" der Disziplinargewalt durchaus unter § 38 fallen, 2) wenn aus völlig sachfremden Erwägungen heraus die Vollstreckung unterlassen wird und dieses Unterlassen geeignet ist, die Funktionsfähigkeit der Truppe zu beeinträchtigen.

c) Fehler bei der Vollstreckung

Zweifelhaft ist, ob auch der Fall, daß ein Disziplinarvorgesetzter eine Disziplinarstrafe an sich vollstrecken darf, sie aber in einer unzulässigen Art und Weise vollstreckt, unter § 39 Abs. 3 fällt.

Der Wehrbeauftragte erwähnt in seinem Jahresbericht 1962 den Fall, daß ein mit Ausgangsbeschränkung bestrafter, verheirateter Soldat, der befugt war, außerhalb der Kaserne zu wohnen, für die Dauer der Strafe zum Aufenthalt in der Gemeinschaftsunterkunft verpflichtet wurde. 3)

Der Wehrbeauftragte führte hierzu aus, daß diese Anordnung unzulässig gewesen sei, ließ aber offen, ob damit eine Strafe vollstreckt worden war, die nicht vollstreckt werden durfte.

Aus der Darstellung des Wehrbeauftragten ist nicht zu entnehmen, ob die Anordnung, in der Gemeinschaftsunterkunft , also in der Kaserne, zu wohnen, bereits im Straftenor erfolgte. Es muß allerdings davon ausgegangen werden, daß das nicht der Fall war, denn das für die Verhängung einer Ausgangsbeschränkung vorgesehene Formblatt sieht eine solche Anordnung nicht vor. Unterstellt man also, die Anordnung erfolgte erst nach Vollstreckbarkeit (§ 33 WDO) der Strafe, so lag eine Vollstreckungshandlung vor.

---

1) so Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 9
Dreher § 39 Anm. 12
2) vgl. die Ausführungen zu § 38 2. Altern.
so Dreher § 39 Anm. 12
a. A. Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 9
3) Jahresbericht 1962 S. 17

Nach § 14 WDO besteht die Ausgangsbeschränkung darin, daß dem Soldaten verboten wird, sich für eine bestimmte Zeit außerhalb der Unterkunft aufzuhalten. Unterkunft in diesem Sinne ist für einen verheirateten Soldaten, der außerhalb der Kaserne wohnt, seine Wohnung.

Wenn dem verheirateten Soldaten aufgegeben wurde, in der Kaserne zu wohnen, so wurde im Rahmen der Vollstreckung die Strafe abgeändert. Die zusätzliche Anordnung bedeutet eine Beschwernis auch für die Ehefrau des Bestraften und läuft daher den Grundsätzen der Inneren Führung zuwider. Außerdem ist eine Abänderung der Strafe nach Vollstreckbarkeit ohnehin nicht zulässig, so daß die Strafe auch von daher gesehen zu einer unerlaubten wird. In dem vom Wehrbeauftragten erwähnten Fall lag somit die Vollstreckung einer unzulässigen Strafe vor. Dennoch wurde der Tatbestand des § 39 Abs. 3 nicht erfüllt, denn die Vollstreckung der Strafe, so wie sie verhängt worden war, wäre zulässig gewesen. Die fehlerhafte Vollstreckung stellte aber die Verschärfung der verhängten Strafe dar, denn der Bestrafte wurde durch die Verpflichtung, getrennt von der Familie in der Kaserne zu wohnen, zusätzlich beschwert. Die unsachgemäße Vollstreckung, die zu einer Verschärfung einer verhängten Strafe führt, ist aber selbst Strafe und zwar eine unzulässige, so daß dieser Fall von § 39 Abs. 1 Nr. 3 erfaßt wird.

Jede unzulässige Vollstreckungshandlung, die die Strafe ihrer Substanz nach verschärft, ist somit als Verhängung einer unzulässigen Strafe anzusehen. Wenn daher zum Beispiel der gegen einen Unteroffizier ausgesprochene strenge Verweis entgegen der Vorschrift des § 36 Abs. 2 WDO vor der ganzen Einheit bekannt gegeben wird, so liegt in der strafverschärfenden Vollstreckungshandlung die Verhängung einer der Art nach im Gesetz nicht vorgesehene Strafe.

Anders als der sonst in etwa vergleichbare § 345 StGB betrifft § 39 Abs. 3 somit nicht den Fall der quantitativen oder qualitativen Modifizierung einer Strafe, 1) da hierfür in § 39 Abs. 1 Nr. 3 oder Nr. 4 eine Sonderregelung vorhanden ist, sondern ist auf die Fälle beschränkt, in denen eine Strafe nicht vollstreckt werden darf, wenn also zum Beispiel vor der Vollstreckung einer Arreststrafe die Haftfähigkeit noch nicht festgestellt war, ansonsten die Strafe aber fehlerfrei vollstreckt wird und nur auf Grund der noch nicht erfolgten Untersuchung noch nicht vollstreckt werden durfte.

---

1) vgl. zu § 345 Schönke-Schröder Rdnr. 4

Eine Besonderheit ist allerdings insofern zu beachten, als ein bei der Vollstreckung mitwirkender Soldat, der nicht Disziplinarvorgesetzter ist, im Falle einer Strafverschärfung nicht nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 bestraft werden kann, sondern nur nach § 38 2. Altern., da in seinem Fall nur die Anmaßung von Disziplinargewalt durch Verhängen einer unzulässigen Bestrafung vorliegt.

3. Die Schuld

Wie überhaupt bei § 39 ist auch für Absatz 3 ein Handeln wider besseres Wissen, also das Bewußtsein des vorgenommenen Verstoßes erforderlich.

Dabei ist es gleichgültig, aus welchen Gründen die Strafe nicht vollstreckt werden darf. Entscheidend ist nur, daß der Täter um die Unzulässigkeit der Vollstreckung weiß. 1)

C) Das Verhältnis der §§ 38, 39 WStG zu den entsprechenden Bestimmungen des Strafgesetzbuches

Die §§ 38, 39 ersetzen die einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches insoweit, als auf Disziplinarstrafen erkannt wird, weil feststeht, daß eine gerichtliche Strafe nicht in Betracht kommen kann. 2) Eine Ausnahme besteht allerdings für § 239 StGB, da diese Vorschrift in § 48 WStG nicht aufgeführt wird. Neben den Tatbeständen des Wehrstrafgesetzes kann daher § 239 StGB durchaus eingreifen und insofern Idealkonkurrenz gegeben sein. Soweit es sich um die Vollstreckung von Disziplinarstrafen handelt, geht § 39 Abs. 3 dem in § 48 WStG mitaufgeführten § 345 StGB vor. 3) Ausgeschlossen ist auch eine Strafbarkeit wegen fahrlässiger Begehung nach § 345 Abs. 2 StGB. 4) Ein derartiger Ausschluß des allgemeinen Strafrechts - abgesehen von den in § 48 WStG aufgeführten Bestimmungen - ist deswegen angebracht, weil es militärischen Vorgesetzten häufig an Rechtskenntnissen fehlt.

Die im allgemeinen Strafgesetzbuch vorgesehenen Mindeststrafen sind daher für militärische Vorgesetzte ebenso wenig vertretbar wie eine Bestrafung wegen fahrlässiger Begehung.

---

1) vgl. Pfleiderer § 39 B 2
2) vgl. Kohlhaas bei Erbs § 39 Anm. 10
   vgl. auch § 48 WStG
3) vgl. Arndt S. 244
4) Rittau § 39 Anm. 9
   Arndt S. 244

LEBENSLAUF

Am 25. 9. 1941 wurde ich als dritter Sohn des Rektors Heinrich Tenfelde und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Otten in Osnabrück geboren. Ich habe die deutsche Staatsangehörigkeit.

Im Anschluß an die vierte Klasse der Volksschule besuchte ich bis zum Abitur am 24. 2. 1962 das staatliche altsprachlich-naturwissenschaftliche Gymnasium Carolinum in Osnabrück und wurde dann am 1. 4. 1962 zunächst als Wehrpflichtiger zur Bundeswehr eingezogen.

Nach der Grundausbildung in einem Gebirgsjägerbataillon in Kempten verpflichtete ich mich für eine Dienstzeit von zwei Jahren. Nach dem Abschluß der Offizierschule in München wurde ich zum Leutnant befördert. Bei gelegentlichen Wehrübungen in den Semesterferien erfolgte am 16. 3. 1967 meine Beförderung zum Oberleutnant der Reserve.

Nachdem ich bereits während meiner Dienstzeit ein Semester Staatswissenschaften in Innsbruck studiert hatte, begann ich nach meiner Entlassung aus der Bundeswehr mit dem Jura-Studium in Münster. Nach drei Semestern wechselte ich für ein Semester nach Freiburg, kehrte dann aber für die letzten vier Semester vor dem Examen nach Münster zurück.

Nach Beendigung des insgesamt achtsemestrigen Studiums der Rechtswissenschaft legte ich am 22. 7. 1968 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht in Oldenburg die erste juristische Staatsprüfung ab.